Schuldübernahme zur Bürgschaft.

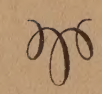
Insbesondere
kumulative Schuldübernahme zur Bürgschaft.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
bei der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Schlesischen Friedrich-Wilhelms - Universität zu Breslau

vorgelegt von

Waldemar Brehmer
Referendar.



Breslau 1926.

Gedruckt mit Genehmigung der
rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.
Berichterstatter: Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern in Dankbarkeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Begrenzung der Arbeit . . . . . 5—6
B. Schuldübernahme . . . . . 6—45
I. Die privative Schuldübernahme . . . . . 6—23
a) Der Begriff . . . . . 6—7
b) Die rechtliche Gliederung nach §§ 414 und 415 BGB 7—8
c) Ist die privative Schuldübernahme Nachfolge in die alte oder Begründung einer neuen Schuld . . . . . 8—22
aa) Historische Betrachtung . . . . . 8—13
bb) Dogmatische Betrachtung . . . . . 13—22
d) Charakter des Übernahmevertrages 22
e) Wann ist privative Schuldübernahme zulässig 23
II. Die kumulative Schuldübernahme . . . . . 23—45
a) Kurzer geschichtlicher Überblick . . . . . 23—24
b) Zulässigkeit der k. Schuldübernahme im heutigen Recht 24—25
c) Notwendigkeit der Abgrenzung von der Bürgschaft . 25—26
d) Die Sukzessionsfrage . . . . . 26—29
e) Die Übernahmeschuld in ihrem Verhältnis zur Urschuld hinsichtlich . . . . . 29—31
aa) des Schuldinhalts . . . . . 29—31
bb) des Schuldgrundes 31
f) Übernahmeschuld ist Gesamtschuld . . . . . 31—40
g) Stellung der Übernahmeschuld im System der passiven Gesamtschuldverhältnisse . . . . . 40—41
h) Charakter des Übernahmevertrages . . . . . 41—43
i) Wann ist bei Parteierklärungen zweifelhaften Inhalts privative, wann kumulative Schuldübernahme beanzeigt 43—45
C. Die Bürgschaft . . . . . 45—52
a) Die Bürgschaft ist ein Schuldverhältnis . . . . . 45—48
b) Der Bürge ist Fremdschuldner . . . . . 48—50
aa) Inhaltliche Verschiedenheit der Bürgenschuld und der Hauptschuld . . . . . 48—49
bb) Verschiedenheit der Bürgenschuld und der Hauptschuld hinsichtlich des Schuldgrundes . . . . . 49—50
c) Der Bürge ist Nebenschuldner . . . . . 50—51
aa) Akzessorität der Bürgenschuld . . . . . 50—51
bb) Subsidiarität der Bürgenschuld 51
d) Bürgenschuld und Hauptschuld bilden kein Gesamtschuldverhältnis . . . . . 51—52
D. Vergleichende Gegenüberstellung von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme . . . . . 52—54
E. Wann ist in Fällen von Parteierklärungen zweifelhaften Inhalts Bürgschaft, wann k. Schuldübernahme anzunehmen . 54—56
F. Form der k. Schuldübernahme . . . . . 56—63
G. Der Garantievertrag . . . . . 63—67
H. Der Kreditauftrag . . . . . 67—75

Literaturangabe.

Bähr	Über die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme. (Archiv für Civilistische Praxis Bd. 67 S. 157 ff. Freiburg, Tübingen 1884.)
„	Über die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter. (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts Bd. 6 S. 131 ff. Jena 1863).
Barkhausen	Die rechtliche Natur des Kreditauftrages, Diss. Göttingen 1913.
Bendix	Das deutsche Privatrecht 1899.
„	Im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 20 S. 137 ff.
Bierling	Juristische Prinzipienlehre, Bd. 2 1898.
Birkenbihl	Bedarf die sog. Kumulative Schuldübernahme der Schriftform? (Im Recht 1903 S. 286).
v. Blume	Zur Lehre von der Schuldübernahme. Iher. Jahrb. Bd. 39 S. 390 ff. Jena 1898.
„	Zur Schuldübernahmefrage. Iher. Jahrb. 40 S. 109 ff.
„	Novation, Delegation und Schuldübertragung. Göttingen 1895.
Brattig	Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft. Diss, Leipzig 1907.
Boehme	Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme. Diss. Greifswald 1907.
Cosack	Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1923.
Crome	System des deutschen Bürgerlichen Rechts. 1902.
„	Grundzüge des Römischen Privatrechts, Bonn 1920.
David	Kann die kumulative Schuldübernahme als ein abstraktes Schuldversprechen oder als ein Schenkungsversprechen angesehen werden? Im Recht 1903.
Delbrück	Die Übernahme fremder Schulden. S. 119 ff. Berlin 1853.
„	Denkschrift zum Entwurf eines BGB. Berlin 1896.
Dernburg	Pandekten, Bd. 2, 4. Auflage, Berlin 1894. §§ 53, 59.
Detert	Die Schuldübernahme und ihre Wirkung nach dem BGB, § 414 ff. Diss. Rostock 1908.
Diefenbach	Die Schuldübernahme und der abstrakte Schuldvertrag. Diss. Straßburg 1914.

Eccius	Verbürgung für künftige Schuld und Kreditmandat. Gruch. Beitr. Bd. 46, S. 55 ff.
Endemann	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1903.
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. 1, 2. 15./17. Aufl. Marburg 1922.
„	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
„	Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Lesung, amtliche Ausgabe, Berlin 1888.
Foerster	Der Kreditauftrag, 1903.
Gebhart	Das Recht der Schuldverhältnisse im Allgemeinen, verglichen mit den treffenden Bestimmungen des Code civile. (Gutachten aus dem Anwaltstande über die 1. Lesung des Entwurfs eines BGB). Berlin 1890.
v. Gierke	Schuldnachfolge und Haftung. In der Festschrift für v. Martitz S. 33 ff., Berlin 1911.
Götze	Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme. Diss. Greifswald 1914.
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hauck	Über Bürgschaft, ihre Arten und verwandte Verträge. Diss. Leipzig 1910.
Hellbach	Die sog. kumulative Schuldübernahme. Im Recht 1903. S. 335 ff.
Hellmann	In der kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft (E. Strohal, Schuldübernahme) Bd. 13, München 1911.
Hellwig	Die Verträge auf Leistungen an Dritte. Leipzig 1899.
Heil	Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Sukzessionsbegriffes. Diss. Rostock 1903.
Herz	Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme. Diss. Göttingen 1901.
Isay	Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht. Iher. Jahrb, Bd. 48 S. 187.
Josef	Bedarf die sog. kumulative Schuldübernahme der Schriftform? In D. J. Z. 1903 S. 429.
Juliusberger	Beiträge zur Lehre von der kumulativen Schuldübernahme. Diss. Rostock 1916.
„	Juristische Wochenschrift.
Kleinecke	Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Vertrag auf Leistung an den Drittgläubiger in ihrem Verhältnis. Diss. Leipzig 1907.
Knoke	Die Sondernachfolge in die Schuld bei befreiender Schuldübernahme. Iher. Jahrb. Bd. 60 S. 407 ff. Jena 1912.
Koestlich	Der Kreditauftrag als Garantievertrag. Diss. Leipzig 1912.
Kohler	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1906.
„	Arch. f. z. Praxis Bd. 91 S. 176.

Kommentar	Der Reichsgerichtsräte. 1922.
Kremer	Mitbürgschaft 1902.
Kremser	Gibt es eine Erfüllungsübernahme zu Gläubigerrecht. Diss. Greifswald 1915.
Kretschmar	Im Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbarkeit. Bd. 17 S. 1 ff.
Kuntze	Die Obligation und die Singularsukzession des römischen und heutigen Rechts. Leipzig 1856.
Labes	In D. J. Z. 1903. S. 173.
Lewy	In J. W. 1923. S. 368.
Lippmann	Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des Bürgerlichen Gesetzbuches. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 108. Tübingen 1911.
„	Der Kreditauftrag des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 48 S. 315 ff.
Mark	In J. W. 1915. S. 211 ff.
Martinius	Die Form der kumulativen Schuldübernahme. Gruchot. Bd 49 S. 181.
Mugdan	Die gesamten Materialen d. BGB. Berlin 1899.
Peterhaensel	Der Kreditauftrag nach BGB? Diss. Jena 1906.
Planck	Kommentar zum BGB. Berlin 1914.
Regelsberger	Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 des BGB. Iher. Jahrb. Bd. 39. Jena 1898.
„	Über die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme im Arch. f. ziv. Prx. Bd 67 S. 1 ff. Freiburg, Tübingen 1884.
Reichel	Die Schuldmitübernahme. München 1909.
„	In Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern 1910. S. 125 ff.
„	In Gruchot. Bd. 61 S. 548.
Romeick	Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches. Heft 3: Rechtsnachfolge. Stuttgart 1904.
Richter	Die Bürgschaft kein Schuld- sondern ein Haftungsverhältnis. Diss. Halle 1909.
Rinck	Der Kreditauftrag. Diss. Erlangen 1905.
Rothenberg	Der Kreditauftrag im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 77 S. 323 ff.
Salinger	Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 28 S. 81 ff.
v. Salpius	Novation und Delegation nach römischem Recht. S. 341 ff. Berlin 1864.
Schefold	Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme und Abfindungsvertrag in der Zeitschr. f. die freie Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg 46. Jahrg. S. 298. Stuttgart 1904.
v. Schwerin	Über den Begriff der Rechtsnachfolge. München 1905.
„	Grundzüge des deutschen Privatrechts. 1921.
„	Schuld und Haftung im geltenden Recht. Berlin-München 1911.
v. Schwind	Schuld und Haftung. Iher. Jahrb. für Dogmatik. Bd. 68 S. 11.
Schreiber	Schuld und Haftung. 1914.
„	Seufferts Arch. für Entscheidungen der obersten Gerichte München.

Silbermann	In Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 70 S. 157.
Siller	Der Kreditauftrag. Diss. Leipzig 1904.
Stammler	Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
„	Der Garantievertrag im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 69 S. 1 ff.
Sohn	Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des BGB. Berlin 1921.
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1921.
„	In D. J. Z. 1903. S. 19.
v. Staudinger	Kommentare zum Handelsgesetzbuch. München-Berlin.
Steffens	Die Übernahme einer fremden Schuld im Wege eines Vertrages des Versprechenden mit dem Schuldner. Diss. Heidelberg 1908.
Strohal	Schuldübernahme. Iher. Jahrb. Bd. 57 S. 231 ff. Jena 1910.
„	Schuldpflicht und Haftung. In der Festschrift für Karl Binding. Leipzig 1914.
Tennenbaum	Der Kreditauftrag nach dem Rechte des BGB. Diss. Tübingen 1912.
v. Tuhr	Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts 1910.
„	In kritischer Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 43 S. 542 ff. Tübingen 1902.
Unger	In Iher. Jahrb. Bd. 33 S. 300.
„	In Iher. Jahrb. Bd. 10 S. 1 ff.
Warneyer	Kommentar zum BGB. Bd. 1. Tübingen 1923.
„	Jahrbuch der Entscheidungen (betr. die Rechtssprechung des Reichsgerichts).
Weidemann	Der Kreditauftrag in Zeitschr. für Handelsrecht. Bd. 53 S. 429 ff.
Wellmann	Der Kreditauftrag nach BGB. Diss. Greifswald 1919.
Westerkamp	Bürgschaft und Schuldbeitritt, in „Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien". Heft 33.
Wienstein	Das Erfüllungsversprechen in Gruchot. Bd. 53 S. 553.
„	Inwieweit gibt es nach geltendem Recht einen besonders gearteten Garantievertrag? Im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. 31 S. 1 ff.
Witte	Schuldübernahme, Bürgschaft, Gesamtschuld. In Jur. Monatsschrift für Posen, Ost- und Westpreußen. S. 59 ff.
Windscheid	Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 8. Aufl. §§ 338 ff. 353 ff. Frankfurt a./M. 1900.
Wolf „	In „Kritische Überschau". Bd. 1.
	Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft. Diss. Würzburg 1908.

Wenn wir in der vorliegenden Arbeit Schuldübernahme und Bürgschaft behandeln, so verstehen wir den Ausdruck Schuldübernahme nicht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, das unter dieser Bezeichnung nur die Schuldübernahme versteht, bei der ein neuer Schuldner in die Stelle des alten Schuldners tritt bei Ausscheiden des bisherigen Schuldners aus dem Schuldverbande. Vielmehr vereinigen wir in dem Begriff Schuldübernahme sowohl die eben gekennzeichnete privative Schuldübernahme als auch die kumulative Schuldübernahme, bei der neben den bisherigen Schuldner ein neuer tritt, der alte Schuldner also im Schuldverbande verbleibt. Diese Auffassung des Begriffes Schuldübernahme erscheint vom wissenschaftlichen Standpunkte aus durchaus zulässig und ist auch allgemein herrschend. Daß das Bürgerliche Gesetzbuch unter Schuldübernahme nur die privative versteht, tut unserer Auffassung keinen Abbruch, besagt vielmehr, daß unser Gesetzbuch den gemeinsamen Oberbegriff „Schuldübernahme" verkannt und einem unter ihn zu subsumierenden Unterbegriff vorbehalten hat, während der diesem koordinierte Unterbegriff leer ausgeht. Freilich kann das Gesetz seine Begriffe bilden, wie es ihm beliebt, ohne daß vom Standpunkte des Gesetzes aus gegen dieses didaktische Verfahren etwas einzuwenden wäre. Die Wissenschaft hat sich einer solchen Begriffsbestimmung aber keineswegs zu beugen. Daher verwenden wir im folgenden den Ausdruck Schuldübernahme als Oberbegriff, der die beiden Unterbegriffe privative Schuldübernahme und kumulative Schuldübernahme in sich schließt.

Wenn nun das Kernstück dieser Arbeit die vergleichende Behandlung der kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft sein wird, so soll die privative Schuldübernahme dennoch ihre Beachtung finden, weil dies einmal im Interesse der Geschlossenheit des Systems von Bedeutung zu sein scheint, und weil wir zum andern von der Behandlung auch der privativen Schuldübernahme Vor-

teil für die Feststellung des Rechtscharakters der kumulativen Schuldübernahme erhoffen. Die Behandlung der privativen Schuldübernahme soll also hauptsächlich Mittel zum Zweck sein und wird unter diesem Gesichtspunkte vorgenommen werden.

Der Grund dafür, weshalb wir die private Schuldübernahme in vorliegender Arbeit vorweg behandeln werden, liegt in dem Zweck dieser Arbeit. Es soll in der Hauptsache kumulative Schuldübernahme und Bürgschaft in ihren Grundlagen dargetan und gegeneinander abgegrenzt werden. Der Rechtscharakter der kumulativen Schuldübernahme, die im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Regelung gefunden hat, deren Existenzmöglichkeit aber später dargetan werden wird, ist nun im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches zu bestimmen, muß also unter möglichster Berücksichtigung der Gedankengänge, die der Gesetzgeber der Regelung der privativen Schuldübernahme zugrunde gelegt hat, bestimmt werden. Aus den Bestimmungen, die das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn auch nur über eine Teilerscheinung der Schuldübernahme, gibt, müssen wir seine Auffassung über die rechtliche Wesenheit dieser Materie zu erkennen versuchen. Dazu müssen wir die gesetzliche Regelung dieser Teilerscheinungen aus dem Gebiete der Schuldübernahme kennen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch regelt das Gebiet der privativen Schuldübernahme in den §§ 414 ff. Danach ist privative Schuldübernahme ein Vertrag, durch den ein neuer Schuldner an Stelle des bisherigen eine Schuld übernimmt. Der Schuldübernahmevertrag bedeutet mithin erstens, daß der bisherige Schuldner aus der vom Vertrage betroffenen Schuld entlassen wird, und enthält somit eine Verfügung über die der Schuld entsprechende Forderung des Gläubigers; er bedeutet zweitens, daß der neue Schuldner mit eben dieser Schuld belastet wird und ist insoweit ein Verpflichtungsgeschäft. Durch die Feststellung daß der Schuldübernahmevertrag eine Verfügung über die von ihm betroffene Forderung enthält und zugleich ein Verpflichtungsgeschäft ist, werden diejenigen Personen bestimmt, die beim Vertragsabschluß notwendigerweise mitwirken müssen.

Weil der Schuldübernahmevertrag eine Verfügung über die Forderung enthält, muß bei seinem Abschluß grundsätzlich der Gläubiger mitwirken, da ihm regelmäßig die Verfügungsmacht über die Forderung zustehen wird. Weil der Schuldübernahmevertrag auch ein Verpflichtungsgeschäft ist, muß bei seinem Abschluß auch die dadurch be-

lastete Person, der Neuschuldner, mitwirken, wogegen der bisherige Schuldner nicht zu denjenigen Personen gehört, deren Mitwirken beim Vertragsabschluß notwendig ist. Infolgedessen ergeben sich für Begründung der privativen Schuldübernahme zwei Wege:

a) Die privative Schuldübernahme kann durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger vereinbart werden (expromissio). Der Übernehmer vereinbart hier mit dem Gläubiger, daß er an Stelle des bisherigen Schuldners in daß Schuldverhältnis eintritt (§ 414 BGB). Damit ist die Schuldübernahme vollendet; der bisherige Schuldner wird auch ohne sein Wissen und Wollen von der Verbindlichkeit befreit.

b) Die privative Schuldübernahme kann ferner durch Vertrag des Übernehmers mit dem bisherigen Schuldner vereinbart werden, wobei allerdings zur Gültigkeit des Vertrages die Genehmigung des Gläubigers erforderlich ist (§ 415 BGB). Damit kommen wir zu einer kurzen Betrachtung des § 415 BGB.

Es ist gewiß wahr, wenn Regelsburger [1]) zu dem Ausspruch kommt: „Sie (die privative Schuldübernahme nach § 414 BGB) hat den Juristen von jeher weniger Sorge bereitet als ihre Schwester" (die privative Schuldübernahme nach § 415 BGB). Wir wollen uns hier nur kurz mit den beiden Theorien über die rechtliche Natur des Vertrages nach § 415 BGB befassen.

Die Anhänger der Angebotstheorie [2]) gehen davonaus, daß der Vertrag zwischen Übernehmer und Schuldner nur zwischen den Parteien wirke. Macht nun der Übernehmer dem Gläubiger von diesem Vertrage Mitteilung, so liegt darin ein Angebot zu der wirklichen befreienden Schuldübernahme, und dieses Angebot wird durch die Genehmigung des Gläubigers angenommen. Macht nicht der Übernehmer, sondern der bisherige Schuldner dem Gläubiger diese Mitteilung, so liegt darin gleichfalls ein Angebot zur Schuldübernahme, das der Schuldner kraft ihm vom Übernehmer stillschweigend erteilter Vollmacht in dessen Namen macht. Die Genehmigung ist die Annahme dieses Angebots. Nach dieser Theorie ist deshalb die Mitteilung an den Gläubiger nicht als Aufforderung zur Genehmigung sondern als neuer Vertragsantrag aufzufassen, den der Gläubiger nur anzunehmen hat. In diesem Zusammenhange spricht von Blume das harte Urteil aus, der § 415 sei bezüglich seiner Verwendbarkeit ein „totgeborenes

---

[1]) a. a. O. S. 468.
[2]) Hellwig; v. Blume.

Kind", er dürfe im Zweifel auf den Schuldübernahmevertrag überhaupt nicht angewendet werden.

Entgegen dieser gekünstelten und dem Parteiwillen nicht entsprechenden Auffassung nimmt die herrschende Verfügungstheorie an, daß zwar der neue mit dem alten Schuldner die Schuldübernahme vereinbaren könne, daß aber die darin liegende Verfügung über das Gläubigerrecht zu ihrer vollen Wirksamkeit noch der Genehmigung des Gläubigers bedürfe.

Von jeher war die Frage, ob sich durch die Schuldübernahme eine Nachfolge in die fremde Schuld vollzieht oder ob eine neue Schuld und eine neue Forderung entstehen, die mit der alten Verpflichtung keineswegs wesensgleich sind, bestritten. Dieser Streit ist in neuester Zeit wieder äußerst heftig geworden. Die eben gekennzeichnete Frage bedarf einer eingehenden Untersuchung, da wir von ihrer Untersuchung für die Charakterisierung der kumulativen Schuldübernahme, deren rechtliches Wesen wir später festzustellen haben, insoweit Vorteil erhoffen, als wir von einer Untersuchung dieser Frage für die kumulative Schuldübernahme abstehen werden, wenn wir zu der Ansicht gelangt sind, daß die privative Schuldübernahme sich nicht als Sondernachfolge in fremde Schuld darstellt. Immerhin haben wir auch in diesem Falle erreicht, daß wir einen Standpunkt bezüglich des Charakters der privativen Schuldübernahme gewonnen haben. Aber auch deshalb führen uns die Erörterungen über die Sukzession in fremde Schuld nicht aus dem Rahmen einer geschlossenen Darstellung hinaus, weil bei diesen Erörterungen die Trennung von Schuld und Haftung für das moderne Recht in den Streit der Meinungen gezogen wird. Da wir nämlich bei Behandlung der Bürgschaft auf diese Trennung werden zurückgreifen müssen, so bedeutet ihre Behandlung außerdem eine Vorarbeit, die wir sonst bei der Darstellung der Bürgschaft hätten vornehmen müssen. Wir werden die Streitfrage bezüglich der Sukzession in fremde Schuld von zwei Gesichtspunkten betrachten, vom historischen und dogmatischen. Wir beginnen mit der historischen Betrachtung.

Bei der Auffassung des Schuldverhältnisses als eines iuris vinculum erschien es den Römern begrifflich unmöglich, das den Gläubiger und Schuldner verknüpfende Band von der Person des Gläubigers oder Schuldners zu lösen und auf einen anderen zu übertragen. Daher prägten sie den Grundsatz von der Unveränderlichkeit der Subjekte im bestehenden Schuldverhältnis, verneinten mithin ins-

besondere eine Nachfolge in fremde Schuld. Diese das Verkehrsleben hindernde Unlösbarkeit des Schuldverhältnisses von der Person des ursprünglich Beteiligten ist hinsichtlich der passiven Seite, des Eintritts eines neuen Schuldners in das fortbestehende Schuldverhältnis, vom römischen Recht niemals verlassen worden. Das Bedürfnis des Verkehrs nach solcher Umgestaltung konnte sich nur mit Surrogaten helfen. Hierbei spielt eine besondere Rolle die Aufhebung und Ersetzung der alten Schuld durch eine neue im Wege der Novation. Tritt bei der Novation mit Personenwechsel ein neuer Schuldner ein, so gibt es zwei Möglichkeiten: Einmal kann beim Schuldnerwechsel der neue Schuldner auf Anweisung des alten eintreten. Man bezeichnet dies als delegatio: sogenannte Passivdelegation. Zum andern kommt es aber auch vor, daß der neue Schuldner aus eigenem Antrieb eintritt und durch seinen Vertrag mit dem Gläubiger den Schuldner möglicherweise gegen seinen Willen befreit. Bei dieser sog. expromissio, die von Blume [1]) Passivnovation nennt, bedarf es also der Mitwirkung des Urschuldners nicht. Im Endergebnis leistet diese expromissio, wie v. Blume [2]) nachweist, dasselbe wie die privative Schuldübernahme nach § 414 BGB. Sowohl bei der Passivdelegation als bei der Expromission wird kraft der Novation das bestehende Schuldverhältnis mit seinen Vorzügen und Nebenrechten beseitigt. An seine Stelle tritt das neue, dem früheren nicht einmal dem Entstehungsgrunde nach gleiche Schuldverhältnis, bei dem die Forderung lediglich auf dasselbe Ziel gerichtet ist, sodaß Windscheid [3]) mit Recht bemerkt, daß das neue Forderungsrecht sowohl der Erscheinungsform wie dem Grundgehalte nach ein anderes ist, daß es sich schon durch den Inhalt der Leistung, in gewissen Fällen auch durch nichts von dem früheren Rechte unterscheidet. Keinesfalls aber sei es mit dem früheren Forderungsrechte wesensgleich. Diese Auffassung dürfte als die allgemein herrschende angesehen werden. [4])

Die Novation war aber nicht die einzige Möglichkeit der Nachfolge in fremde Schuld. Entsprechend der dem Gläubiger gewährten Möglichkeit, die Geltendmachung seiner Forderung im Rechtsstreite einem Dritten durch

---

[1]) a. a. O. S. 394.
[2]) a. a. O. S. 395.
[3]) a. a. O. S. 468.
[4]) Dernburg S. 164, Herz S. 9, Kleinecke S. 2/3. Doch vgl. v. Salpius S. 341—508, bes. S. 351, 355.

ein mandatum ad agendum zu übertragen konnte der Schuldner die Verteidigung einem Dritten, dem procurator in rem suam überlassen. Auf Grund der rechtserneuernden Kraft, der litis contestatio, kam hierbei im Augenblick der Einleitung des Rechtsstreites ein neues Rechtsverhältnis [1]) zwischen procurator und Urschuldner zustande, das von Seiten des procurator durch das ausdrückliche Versprechen der Verteidigung einer stipulatio partis et pro parte, [2]) begründet wurde. Doch glich das Schuldverhältnis zwischen dem procurator in rem suam und dem Urschuldner, um mit den Worten des Bürgerlichen Gesetzbuches zu sprechen, mehr einer Erfüllungs- als einer Schuldübernahme. [3])

Zu einem entgegengesetzten Ergebnisse bezüglich der Übernahme der fremden Schulden kam das deutsche Recht. Ursprünglich konnte nach germanischem Recht eine Schuld nur in der Form übernommen werden, daß ein bisheriger Nichtschuldner dem Gläubiger die Erfüllung der fremden Schuld gelobte. Durch dieses Gelöbnis wurde eine neue Schuld originär begründet, eine Schuldnachfolge wurde hierdurch nicht geschaffen, denn die Schuld erschöpfte sich in dem persönlichen Verpflichtetsein des Schuldners. Aber auch nach Inhalt und Wirkung war die durch Gelöbnis neu entstandene Schuld mit der alten nicht identisch.

Hierin hat aber das spätere Mittelalter Wandel geschaffen. Der Begriff des Schuldverhältnisses hatte sich dahin entwickelt, daß man im deutschen Recht das Hauptgewicht weniger auf den persönlichen als auf den sachlichen Inhalt der Obligationen, also auf die Leistung legte. Man verlegte im Gegensatz zum römischen Recht den Schwerpunkt von den Subjekten des Schuldverhältnisses auf das Objekt, auf die Schuld als solche. Sie war der „passive Wert" [4]) der Obligation, der von einer Änderung in der Person des Gläubigers oder des Schuldners nicht beeinflußt wurde, sodaß die unabänderliche Verknüpfung der Verpflichtung mit einer bestimmten Person nicht mehr für den Bestand des Schuldverhältnisses wesentlich war. Bei dieser Verschiebung der Ansicht über das Wesen der Obligation kam man dazu, die Übertragbarkeit der Forderung und der Schuld von dem ursprünglichen Subjekte auf ein anderes zuzulassen. [5]) Hierbei ist nicht zu ver-

---

[1]) Windscheid S. 368, Delbrück S. 122, Meyer S. 2. Herz S. 19.
[2]) Delbrück S. 123.
[3]) Unger S. 88, Windscheid S. 368, Delbrück S. 124.
[4]) Delbrück S. 18.
[5]) Stobbe S. 399 ff.

kennen, daß Schuldübernahmen zunächsf fast nur im Rahmen von Vermögensübernahmen vorkamen, z. B. bei Vitalizienverträgen, Erbschaftskäufen, sowie beim Übergang von Sachen, mit deren Besitz die Verpflichtung zur Leistung verknüpft war. Allmählich wurden aber auch reine Schuldübernahmeverträge möglich, sei es als Verpflichtungsvertrag mit dem Gläubiger, sei es als Vertrag zwischen dem alten und dem neuen Schuldner. Solange jedoch der Neuschuldner nur dem Altschuldner die Schulderfüllung zugesagt hatte, war dem Gläubiger kein Forderungsrecht erwachsen. Es entstand vielmehr erst, wenn der Gläubiger dem Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend beitrat. Mit seiner Annahmeerklärung konnte nach dem Willen der Parteien die Entlassung des Altschuldners aus dem Schuldverhältnis verbunden sein. [1])

Diese übernommene Schuld behält gegenüber der Person des Übernehmers alle ihre Eigenschaften, die sie früher hatte, sodaß also eine wirkliche Nachfolge in fremde Schuld stattfindet.

Mit dem Beginne der Rezeption traten sich nun römische und deutsche Auffassung gegenüber. Es würde hier zu weit führen, wollte man alle Ansichten, die für und wider die deutsche bez. die römische Auffassung stritten untersuchen. Wir müssen uns damit begnügen, das Ergebnis dieses Geisteskampfes zu kennzeichnen. Hier ist nun festzustellen, daß am Ende der Entwicklung auf der Grundlage des deutschen Rechts, das bei der Schuld wie bei der Forderung von der konkreten Person des ursprünglichen Schuldners zu abstrahieren wußte und die Schuld insoweit vergegenständlichte, der Grundgedanke von der Sondernachfolge in fremde Schuld siegreich durchgedrungen und allmählich zur unumschränkten Herrschaft gelangt ist. [2])

Bei der weiteren Untersuchung darüber, welcher Auffassung bezüglich des Schuldübernahmegedankens sich das Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen hat, ist es nicht uninteressant, einen Augenblick abzuschweifen und einige andere Gesetzeskodifikationen unter dem Gesichtspunkte der Nachfolge in die Schuld zu betrachten.

Vertreter der römischen Auffassung ist besonders der Code civile. Ihm ist eine Sondernachfolge in die passive Seite der Obligationen fremd, er kennt nur eine Schuldübernahme in der Form der Novation, die nach französischer Auffassung ist „la substitution d'une nouvelle dette à l'an-

---

[1]) Vergl. aber die abweichende Ansicht von Delbrück S. 18 ff. S. 70 ff.

[2]) Vergl. Gierke S. 39, Meyer S. 10, v. Schwerin S. 67.

cienne, celle-ci est éteinte par la nouvelle, qui est contractée en sa place. [1])

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen kennt eine Schuldübernahme nur in der Form der Novation [2]), eine Auffassung wie wir sie gleichfalls im Dresdner Entwurf [3]), im Hessischen Entwurf [4]) und im Schweizerischen Obligationenrecht [5]) finden.

Die deutschrechtliche Auffassung findet ihren Niederschlag im Preußischen Landrecht [6]), das eine Schuldübernahme im Wege sowohl der Delegation als auch der Expromission ermöglichte. Bei beiden Vertragsarten tritt bei Bestehenbleiben der alten Schuld eine Sondernachfolge in fremde Schuld ein.

Der Gedanke der Sondernachfolge in die Schuld wird ferner vertreten im Allgemeinen österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch [7]) und im Preußischen Eigentumserwerbsgesetz vom 5. 5. 72. Der Gläubiger hat hier ein Klagrecht gegen den Übernehmer, ohne daß es erforderlich ist, daß er der Schuldübernahme beitritt [8]). Diese Klage ist die gleiche wie die aus dem Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Urschuldner, der durch die Klage gegen den Übernehmer befreit wird.

Kehren wir nun von unserem kurzen Exkurse zurück, um festzustellen, ob das Bürgerliche Gesetzbuch die von ihm in den §§ 414 ff. geregelte Schuldübernahme auf der deutschrechtlichen oder römischen Auffassung gründet. Da die Stellungnahme des Gesetzgebers in einzelnen Fragen schon der Geschichte angehört, ist auf sie in diesem Zusammenhange wenigstens in den Grundzügen einzugehen, wenngleich auch bei der Behandlung des geltenden Rechts der Standpunkt der einzelnen Vorläufer des BGB Berücksichtigung finden wird.

In den Motiven [9]) hat die Sondernachfolge schon allgemeine Anerkennung gefunden. Durch den Vertrag, der in §§ 414, 415 seine Regelung findet, vollzieht sich ein unmittelbarer Übergang der Schuld von dem alten auf den neuen Schuldner, ohne daß diese eine Änderung in ihrem Rechtsgrunde erfährt. Die Schuldübernahme wird in den

---

[1]) Laurent, Droit civil 3,51, angef. b. Heil S. 21.
[2]) Mugdan 78 §§ 1003, 1005; Heil S. 22.
[3]) „ 78 Art 375.
[4]) „ 78 „ 379.
[5]) „ 78 „ 129.
[6]) „ 78 „ I, 14 §§ 399 ff.; Detert S. 25, Heil S. 23.
[7]) „ 78 §§ 1345, 1400 ff.; Heil S. 24. Detert S. 25.
[8]) Detert S. 25.
[9]) Mugdan, S. 78/79 (Motiv S. 142/144).

Motiven wegen ihrer Bedeutung im Verkehrsleben angenommen, wobei hervorgehoben wird, daß sie sich unter wesentlicher Aufrechterhaltung der Identität des Schuldverhältnisses [1]) vollzieht.

Die Protokolle [1]) nehmen diesen Standpunkt auf und führen ihn weiter fort. Der Übernehmer trete in dem Augenblick in das Schuldverhältnis ein, in dem der Gläubiger dem zwischen Urschuldner und Übernehmer geschlossenen Vertrage seine Zustimmung erteile; und zwar trete der Übernehmer an die Stelle des Urschuldners, sodaß er ein neuer Schuldner der alten Urschuld wird.

Nach dem Ergebnis, das uns die Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des Schuldübernahmegedankens gebracht hat, sollte es bezüglich der vom Gesetz in den §§ 414 ff. geregelten privativen Schuldübernahmen nicht mehr zweifelhaft sein, daß hierbei eine Sondernachfolge in fremde Schuld als unbestritten anzunehmen ist. Auch das Gesetz scheint dies im § 414 auszusprechen wenn es die Übernahme in der Weise zuläßt, „daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt". Und doch ist in neuester Zeit der Streit wieder aufgenommen worden. In diesem Kampfe um die theoretische Erfassung besonders der privativen Schuldübernahme wird, wie oben erwähnt, die Trennung von Schuld und Haftung zur Hilfe herangezogen. Diese Auseinandersetzungen begannen mit Strohals Schuldübernahme, [2]) in der er sich die Unterscheidung von Schuld und Haftung zu eigen macht. Mit dem speziellen Einschlag dieser Trennung ist das Gebiet außer von Cierke in seiner „Schuldnachfolge und Haftung" [3]) noch von Hellmann [4]) und Knoke [5]) behandelt worden, wobei Knoke ebenfalls mit dem Unterschied von Schuld und Haftung arbeitet, während Hellmann die germanistische Lehre für völlig wertlos hält im Gegensatz zu der „Haftungslehre des Romanisten Brinz". Auf diese Ausführungen hat nun Strohal in seiner Schrift „Schuldpflicht und Haftung [6]) geanwortet. Es stehen sich also im wesentlichen zwei Ansichten gegenüber, die eine für die andere gegen die Sukzession in fremde Schuld. Als Repräsen-

---

[1]) Protokolle S. 407/408. Auch die Denkschrift (S. 55) läßt neben der Sondernachfolge in die Forderung eine solche in die Schuld zu, die die Wirkung hat, daß der Übernehmer an die Stelle des Urschuldners tritt.

[2]) In Iherings Jahrb. Bd. 57 S. 231 und als Sonderabdr. 1910.

[3]) In der Festschrift für Martitz.

[4]) In der Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 49 S. 488 ff.

[5]) In Iherings Jahrb. Bd. 60 S. 407 ff.

[6]) In der Festschrift für Binding, Leipzig 1914.

tanten der ersten Ansicht können wir Otto von Gierke bezeichnen, als den der zweiten E. Strohal. Bevor wir zu deren Ausführungen Stellung nehmen können, müssen wir uns darüber klar werden, was diese Unterscheidung von Schuld und Haftung besagt, ob sie im geltenden Recht zulässig ist und wie das Verhältnis der beiden Begriffe zueinander sich gestaltet, wobei sich unsere Untersuchung auf das Recht der Schuldverhältnisse beschränken soll, um ein nicht in den Rahmen der vorliegenden Arbeit passendes Anwachsen der diesbezüglichen Ausführungen zu verhindern.

Die Trennung von Schuld und Haftung bedeutet die Feststellung, daß jedes Schuldverhältnis begriffsnotwendig in zwei Elemente zerfällt: in Schuld und Haftung, sie kennzeichnet den Dualismus im Schuldverhältnis. Wir wollen nun, um uns bei der großen Verschiedenheit der Bedeutung des Begriffes Schuld verständlich zu machen, entsprechend dieser Auffassung die Terminologie zu eigen machen, daß wir unter Schuldverhältnis den Oberbegriff verstehen, der die beiden Unterbegriffe Schuld und Haftung in sich vereinigt und dadurch naturnotwendig erst zur Entstehung kommt.

Auf die geschichtliche Entwicklung und auf die verschiedenen Ansichten über den Sinn der Begriffe vor allem der Schuld und auch der Haftung kann hier nicht eingegangen werden. Wir wollen vielmehr die Begriffe entsprechend der gegebenen Terminologie definieren.

Schuld ist ein rechtliches Sollen, ein Leistensollen auf Seiten des Schuldners, ein Bekommensollen auf Seiten der Gläubiger. Der Begriff Schuld bezeichnet also einen Zustand, eine bestimmte rechtliche Lage, die durch ein Sollen gekennzeichnet ist. Erst wenn dieses beiderseitige Sollen erfüllt ist, d. h. wenn der Schuldner geleistet hat, der Gläubiger die Leistung in Empfang genommen hat, ist das Schuldverhältnis erloschen. Die Spitze der Schuld richtet sich vor allem gegen den Schuldner, sie appelliert an seine Person als Willensträger: er soll freiwillig leisten. Sollte der Ausdruck „Leistensollen" den Einwand hervorrufen, daß ein Sollen ohne Müssen kein rechtliches Sollen sei, so können wir in der Einsicht, daß ein solcher Streit um Worte nie zu einem Ergebnis führt, unserer Definition dadurch Ausdruck geben, indem wir sagen: Schuld ist im Laufe der Rechtsentwicklung und im Rahmen des geltenden Rechtes [1]) regelmäßig das, „Wofür" der Haftung.

---

[1]) Vergl. die folgenden Ausführungen.

Ob diese Schuld erzwingbar ist, hat mit ihrem Begriffe nichts zu tun. Die Erzwingbarkeit, die Klagbarkeit einer Schuld hängt vielmehr ab von dem Vorhandensein einer Haftung.

Die Haftung — wir meinen hier die persönliche Haftung, d. h. die Haftung mit dem Vermögen — bedeutet das Einstehenmüssen für eine Schuld falls diese nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllt wird. Sie ist das Unterworfensein unter die rechtliche Macht des Gläubigers. Während der Schuldner bei der Entscheidung, ob und wie er die Schuld erfüllen will, seinem Entschluß zu folgen hat, ist der Haftende dem unmittelbaren Zwange ausgesetzt. Die Haftung bedeutet Macht auf Seiten des Gläubigers, Gebundenheit auf Seiten des Haftenden.

Daß diese begriffliche Trennung der beiden sich im Schuldverhältnis verbindenden Elemente sich im geltenden Rechte überhaupt oder wenigstens mit Nutzen anwenden läßt, ist keineswegs einheitliche Meinung. Gestritten wird vielmehr darüber, ob das Problem von Schuld und Haftung ein spezifisch germanistisches ist oder ob man es logisch, durchaus unabhängig von der deutschen Rechtsgeschichte zu erfassen hat. Die Gegner der Auffassung, daß die begriffliche Trennung von Schuld und Haftung Anwendung finde, weisen darauf hin, daß diese germanistische Unterscheidung deshalb für das heutige Recht überflüssig sei, weil heutzutage der Schuldner auch regelmäßig hafte und daß ferner das Bürgerliche Gesetzbuch auch in seiner Terminologie die Ausdrücke schulden und haften nicht im Sinne des erwähnten Unterschiedes gebraucht [1]).

Will man nun diese Unterscheidung von Schuld und Haftung eine germanistische Lehre nennen, so ist das nur insofern richtig, als germanistische Forschung [2]) die Unterscheidung im germanischen Obligationsrecht mit aller Deutlichkeit herausgearbeitet hat. v. Armira selbst hat aber davor gewarnt, diese Erscheinung als etwas spezifisch Germanistisches aufzufassen, da es sich um einen logischen Unterschied handele. [3]) „Äußerlich mag er in einem Nationalrecht schärfer durchgeführt sein als in einem anderen aber innerlich kann ihn kein Obligationsrecht entbehren". Diese Ansicht scheint uns durchaus richtig zu sein. Ganz unabhängig von irgendwelchen Rechtsnormen, unabhängig

[1]) So v. Thur: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, 1910 I, S. 1905. Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 1906 S. 11. u. Arch. f. ziv. Pr. Bd. 91, S. 176.

[2]) Besonders von Armira: Nordgermanisches Obligationenrecht I (1882), II (1895).

[3]) Zeitschrift f. RG. (germ. Abt.) XXXI S. 486.

von Zeit und Ort wird sich für die Schuldverhältnisse behaupten lassen, daß sich bei ihnen begrifflich diese beiden Elemente gegenüberstehen. Dieser Dualismus im Begriff des Schuldverhältnisses, dieser Zerfall in zwei Elemente hat darin seinen Grund, daß zum mindesten in den normalen Fällen die Schulderfüllung auf menschlichem Handeln beruht und infolgedessen vom menschlichen Willen abhängig ist. Das Obligationenrecht kann aber nicht seine Bestimmung erfüllen, wenn es von der Rechtsordnung auf den freien menschlichen Willen gegründet ist. Will die Rechtsordnung überhaupt Geltung haben, so muß sie vielmehr in den Fällen, in denen der menschliche Wille nicht mit ihren Geboten im Einklang ist, eine Macht ausüben können, um sich selbst durchzusetzen. Diese Macht der Rechtsordnung hat zweierlei Zwecken zu dienen. Einmal soll ein moralischer Einfluß auf den Schuldner ausgeübt werden; er soll seinen normwidrigen Willen dahin umstimmen, die Leistung zu bewirken. Zum andern soll ein Ausgleich geschaffen werden, wenn und soweit die Leistung gleichwohl ausbleibt, m. a. w. es soll für die nichterbrachte Leistung ein wirschaftliches Äquivalent dem Gläubiger zur Verfügung gestellt werden. Hier verzichtet die Rechtsordnung auf die eigentliche Schulderfüllung, die sie als reine Willensbetätigung nicht erzwingen kann, sucht aber dem Gläubiger dafür einen Ersatz aus den haftenden Vermögenswerten zuzuführen, der möglichst den Ausfall aus der unterbliebenen Schulderfüllung wettmachen soll. Solange also die Rechtsordnung in den einzelnen Menschen nicht hineinkann, wird Leistensollen und Einstehenmüssen, Schuld und Haftung einer begrifflichen Trennung zu unterziehen sein. Infolgedessen wird man für jede Zeit, für jeden Ort und jede Rechtsordnung diese beiden Begriffe auseinanderhalten müssen. Zwar ist diese Unterscheidung nicht mehr als eine Denkform, die ihre logische Berechtigung in sich trägt, ihre wissenschaftliche Rechtfertigung wird erst zu erweisen haben. Wer aber die klare Scheidung dieser Begriffe erfaßt hat, dem wird es nicht mehr zweifelhaft sein, daß sie in Anwendung auf unser geltendes Recht ein sehr wertvolles Hilfsmittel bilden zur klaren Erfassung seiner rechtlichen Gebilde und Erscheinungen. Denn nicht alles, was der einheitliche Name Schuldverhältnis umfaßt ist inhaltlich gleichartig. Die Schwierigkeiten, die diese Tatsache dem einheitlichen Obligationenbegriffe macht, treten zurück, sobald man sich bewußt wird, daß die uns im Leben entgegentretende Mannigfaltigkeit von Schuldverhältnissen ihren Grund habe

und haben könne in Verschiedenheiten, die entweder auf die Struktur der Schuld oder auf die Ausgestaltung der Haftung oder auf das Verhältnis beider zueinander zurückzuführen sei, wobei wir nicht übersehen, daß heute Schuld und Haftung regelmäßig zusammengehören. Wir finden aber, daß diese Unterscheidung eine Reihe von Instituten unseres Schuldrechtes mancher Unklarheit entkleidet und einer genaueren Begriffsbestimmung entgegenführt. Können nun auch die Begriffe Schuld und Haftung für unser bürgerliches Recht als Hilfsmittel zu dem oben gezeichneten Zwecke verwandt werden, so ist hierbei nie außer Acht zu lassen, daß unser Bürgerliches Gesetzbuch in bewußter Absicht einem in sich geschlossenen System unterstellt ist und daß in diesem System eine bewußte Scheidung von Schuld und Haftung nicht vorhanden ist. Vielmehr betrachtet das Bürgerliche Gesetzbuch im Banne der römischen Auffassung, die die schuldrechtlichen Beziehungen aus der Perspektive ihrer prozessualen Durchsetzbarkeit beurteilte, das Schuldverhältnis als eine Einheit, die Schuld und Haftung fest umfaßt, bei der die persönliche Haftung die normale Begleiterscheinung der Schulden ist, mit denen sie in der Regel Entstehung und Untergang teilt. Das ist das normale Schuldverhältnis, von dem die Darstellung des Rechtes der Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch ihren Ausgang nimmt. Das Bürgerliche Gesetzbuch gebraucht daher die Ausdrücke „schulden" und „haften" ziemlich unterschiedslos, die Ausdrücke „schulden" und „haften" als technische Bezeichnungen sind ihm nicht geläufig, was aber nicht hindert, daß auch Rechtsbegriffe vorhanden sein können, ohne daß sie im Gesetze einen klaren Ausdruck gefunden haben. Aus dieser unterschiedslosen Anwendung der Begriffe „schulden" und „haften" ist nur zu entnehmen, daß mit diesen Bezeichnungen nie die oben charakterisierten technischen Begriffe Schuld und Haftung gleichzusetzen sind, keineswegs aber ist hieraus der Schluß zu ziehen, daß die Anwendung dieser konstruktiven Hilfsmittel auf das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgeschlossen ist.

Wie gestaltet sich nun das Verhältnis von Schuld und Haftung zueinander? In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ist die Haftung die Begleiterscheinung der Schulden. Doch es gibt von dieser Regel Ausnahmen und diese sind so bedeutsam, daß hierdurch die Auseinanderhaltung von Schuld und Haftung auch vom Standpunkt des praktischen Bedürfnisses gerechtfertigt erscheint. Bei dieser Unterscheidung entsteht die Frage, ob die Schuld oder die

Haftung das Primäre ist. Für die Entwicklung des deutschen Rechtes beantworten wir die Frage unter allen Umständen dahin, daß die Schuld das Ursprüngliche ist und sich nicht etwa als Reflexwirkung der Haftung darstellt. Daß letzteres nicht der Fall ist, muß man annehmen, so lange man die deliktische Grundlage des älteren deutschen Schuldrechtes zugibt und bedenkt, daß dieser Gedanke noch lange fortwirkte. Die Vorstellung des erlangten Unrechts wurde der Grund des Zugriffs des Verletzten. Aber auch für das heutige Recht scheint begrifflich und gedankenmäßig die Schuld als die Grundlage, zu deren Deckung und Sicherstellung die Haftung hinzutritt. Der Schuld wegen ist die Haftung da, die Schuld ist das Fundament, nicht umgekehrt. Nach unserem heutigen Begriffsbild können wir nicht sagen: Die Vertragsparteien haften einander aus Kauf; infolge dieser Haftung schulden sie die Preiszahlung, die Übereignung usw. Vielmehr haben wir die Rechtsvorstellung, daß die Parteien infolge des Kaufvertrages sich in einem Schuldverhältnis befinden, aus den sich die Leistungspflichten ergeben. Das Haftungsmoment beruht auf der Schuld. So eng gehört die Schuld zur Haftung, daß für das Obligationsrecht die These: Ohne Schuld keine Haftung fast unanfechtbar ist. Die Schuld ist heute also die Grundlage; in ihrem Gefolge erscheint beim wirklichen Schuldverhältnis sogleich die Haftung, die Wirkungen erst äußert, wenn die Schuld nicht eingehalten wird. Hingegen ist sehr wohl eine Schuld denkbar, der keine Haftung zur Seite steht. So trifft es im Sinne der germanistischen Terminologie für das Bürgerliche Gesetzbuch zu, daß durch Spiel und Wette wohl eine Schuld aber keine persönliche Haftung begründet wird (§ 762 BGB). Hierher gehört aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch auch die Schuld aus dem Versprechen einer Belohnung für Ehevermittlung (§ 656). Auch die Fälle des § 873 BGB sind mit Strohal möglicherweise hierher zu rechnen. Hier werden Verträge über Liegenschaften behandelt, die ohne die geltenden Formvorschriften abgeschlossen sind, später aber durch einseitige Erfüllung voll wirksam werden. In allen diesen Fällen besteht eine Schuld, auf die die Regel aus dem Obligationenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches Anwendung finden, wie schon die Stellung der §§ 656 und 762 BGB im System der Schuldverhältnisse zeigt. Daher gelten auch hier die Grundsätze über Erfüllung, Unmöglichkeit usw. Nur ein Haftungsverhältnis besteht nicht, d. h. es kann nicht auf Leistung geklagt werden. Der Typ eines Ereignisses jedoch, das die Schuld unberührt läßt und nur die persönliche Haftung zunichte macht, ist die

Verjährung. Sie trifft nur die Haftung, die Schuld bleibt von ihr unberührt, diese kann als Schuld bezahlt werden und Grundlage für alle weiteren Transaktionen sein. So ließen sich noch manche Beispiele anführen, doch diese mögen genügen, um zu zeigen, daß Schuld ohne Haftung möglich ist. Wenn Strohal, der die Begriffe Schuld und Haftung sehr wohl trennt und auch getrennt verwertet, in seiner Schrift „Schuldpflicht und Haftung" zu der Feststellung kommt, „daß unser Privatrecht, und zwar nicht nur das im BGB enthaltene, eine schuldrechtliche Verpflichtung nur für gegeben erachtet, wenn jemand in Ansehung einer zu erbringenden Leistung schuldrechtlich haftet" [1]), so ist das für das heutige Recht ganz sicherlich richtig, denn nach Strohal ist Schuld im Sinne von Schuldpflicht „nämlich nicht ein auf sich selbst gestelltes, sondern auf schuldrechtlicher Haftung beruhendes und durch diese gesichertes Leistensollen" [2]). Der Begriff Schuldpflicht faßt also die beiden Elemente Schuld und Haftung in unserem oben dargetanen Sinne zusammen, ist gleichbedeutend mit unserm Begriffe Schuldverhältnis. In diesem Sinne meint Strohal auch den oben angeführten Ausdruck „schuldrechtliche Verpflichtung". Strohal sieht das wesentliche der Schuld nicht in der Leistung, sondern vielmehr darin, daß der Gläubiger ein Recht auf die Leistung dadurch erlangt, daß ihm für ihre Bewirkung von jemand gehaftet wird. Mit dieser Gleichstellung von Schuld in unserem Sinne und „Schuldpflicht" macht Strohal die Haftung zu einem notwendigen Bestandteil des Schuldbegriffes. Doch es ist kein Grund ersichtlich, warum man diese Gleichstellung vornehmen müßte, im Gegenteil, wir wollen ja die Begriffe Schuld und Haftung getrennt betrachten, nicht vereinigt.

Ist es nun Strohals bleibendes Verdienst, dargetan zu haben, daß es sich bei der Schuldübernahme in wesentlichen Fragen um haftungsrechtliche Probleme handelt — der Übernehmer nimmt eine neue Haftung auf sich und sein Vermögen zur Sicherstellung der Schuld, die dem Gläubiger erfüllt werden soll, — so ist seine Ansicht über das Verhältnis der im Begriffe „Schuldpflicht" zusammengefaßten Elemente von Schuld [3]) und Haftung außerordentlich bedenklich. Strohal behauptet, daß „die Schuld die Wirkung und Ausfluß der persönlichen Haftung ist".

[1]) Strohal „Schuldpflicht und Haftung" S. 17 ff.
[2]) Strohal a. a. O. S. 17.
[3]) Schuld immer in dem von uns oben gekennzeichneten Sinne gebraucht.

Dies ist um so bedenklicher, als diese These sich wie ein roter Faden durch sein ganzes Werk zieht und auf ihr sich seine Konstruktion der Schuldübernahme aufbaut. Strohal weist nämlich nach, daß bei der Schuldübernahme die Haftung des Übernehmers auf anderer Grundlage fußt als die des Altschuldners. Infolge seiner Auffassung über das Verhältnis von Schuld und Haftung zueinander kommt er folgerichtig zu dem Schluß, daß auch die Schuld des Übernehmers eine andere sei, eine Nachfolge in die alte Schuld daher nicht möglich ist.

Ist nun die oben angeführte These Strohals richtig, so wird sich gegen die Folgerungen nichts einwenden lassen. Erweist sie sich aber als nicht zutreffend, so fällt damit auch seine Konstruktion der Schuldübernahme, da sie eine Folgerung aus seiner Grundanschauung über das Verhältnis der beiden Elemente des Schuldverhältnisses ist.

Suchen wir nach Gründen, mit denen Strohal seine eben dargelegte Ansicht stützt, so müssen wir feststellen, daß er dafür, daß die Schuld im gewöhnlichen Schuldverhältnis Ausfluß und Folge der persönlichen Haftung sei, keinen Beweis erbringt, seine Behauptung sich vielmehr als eine rein willkürliche Begriffsbestimmung darstellt. Wir müssen also selbst an seiner Stelle nach Gründen suchen, die zu finden uns schwerlich gelingen wird.

Daß nach germanistischer Betrachtungsweise das Verhältnis von Schuld und Haftung gerade umgekehrt gedacht wurde, haben wir schon erwähnt. Aber auch vom Standpunkt der Strohalschen Lehre ist es für das heutige Recht nicht bestritten, daß jemand zu einer Schuld, zu der er bislang in keiner Beziehung stand, die persönliche Haftung auf sich nehmen und sie so zu seiner „Schuldpflicht" machen kann. Es mutet doch zum mindesten eigenartig an, wenn man hierbei die Kontinuität der Schuld bestreitet und annimmt, daß infolge der neu entstandenen Haftung die Schuld in ihrem Wesen neu und etwas von der bisherigen verschiedenes sei. Wie oben gezeigt, scheint es doch gedankenmäßig richtiger zu sein, wenn man sagt, zu der alten Schuld sei eine neue Haftung hinzugetreten, was z. B. die Wirkung gehabt habe, daß eine Schuldpflicht im Sinne Strohals entstanden sei.

Unsere Ansicht, daß die Schuld das Primäre, die Haftung das Sekundäre ist, wird nicht dadurch erschüttert, daß wir zugeben, daß unser heutiges Recht sich den römischen Obligationsbegriff im allgemeinen zu eigen gemacht hat, bei dem die Frage, an actio competit, das actione teneri praktisch wie auch juristisch so sehr das Ausschlag-

gebende war, daß man beim Fehlen der Durchsetzbarkeit des Anspruches das Vorhandensein einer Obligation verneinte. Die ungefähre Parallele für die römische Obligation ist unser Schuldverhältnis — Strohals „Schuldpflicht" —, dessen Nichtvorhandensein man beim Fehlen der Haftung ohne weiteres zugeben wird. Dagegen ist für den Begriff der Schuld die Haftung nicht wesentlich, sie steht vielmehr neben ihm, mehr oder weniger stark mit ihm verknüpft durch den beide umfassenden Begriff des Schuldverhältnisses, sodaß uns die Ausführungen Strohals nicht hindern können, bei der privativen Schuldübernahme an der Vorstellung einer Sukzession in die alte Schuld festzuhalten. Und gerade bei der Schuldübernahme sprechen Gründe genug für die Kontinuität der Schuld, die da „übernommen" wurde. Schon der Ausdruck Schuldübernahme spricht dafür. Wenn aber Strohal selbst davon spricht, daß das einzig Gemeinsame zwischen der Haftung des Übernehmers und des Altschuldners das „Wofür" der Haftung sei, so wird er seiner eigenen Ansicht unbewußt untreu, unterschätzt zum mindesten den Wert des „Wofür". Das „Wofür" der Haftung ist vielmehr die Hauptsache, es ist eben die Schuld, zu deren Sicherstellung der Haftungsapparat eingerichtet ist, für die die Haftung des Altschuldners und nicht weniger die des Übernehmers ins Leben gerufen wird.

Strohal hat denn auch mit seiner Lehre wenig Anklang gefunden. Nur Romeik [1]) und Sohn [2]) sind seinen Gedanken gefolgt. Ferner bekämpft auch Bähr [3]) „den modernen Versuch, aus der Schuldübernahme mit Zustimmung des Gläubigers eine Singularsukzession in die Schuld zu konstruieren". Der weitaus größte Teil der Schriftsteller, unter ihnen vor allem Otto v. Gierke nimmt dagegen an, daß in der befreienden Schuldübernahme eine wirkliche Sondernachfolge in fremde Schuld zu finden sei. Das alte Schuldverhältnis bleibt bestehen, nur die Person des Schuldners wechselt, ein neuer Schuldner tritt als Verpflichteter in das Schuldverhältnis ein, der bisherige Schuldner wird frei und scheidet aus dem Schuldverhältnis aus. Der neue Schuldner übernimmt die Schuld in der Form, wie sie in der Person des ursprünglichen Schuldners bestand.

Auch die Judikatur [4]) steht auf dem Standpunkt der

---

[1]) Zur Technik des BGB S. 85/86.
[2]) Der Gegenstand S. 25 Anm. 5.
[3]) I. S. 183.
[4]) Reichsgericht E. Z. 70, 415.

Sondernachfolge. Sie lehnt eine Novation der Forderung oder Schuld entschieden ab und hält die Schuldübernahme für einen „mit der Wirkung der Sukzession in die bestehenbleibende Schuld bekleideten Akt".

Die Frage nach dem Problem der Sonderfolge ist die Frage nach der Wirkung der Schuldübernahme. Die Wirkung besteht darin, daß der Gläubiger sein Forderungsrecht statt gegen den Urschuldner von jetzt ab nur noch gegen den Übernehmer geltend machen kann. Wenn nun auch trotz des Schuldnerwechsels die Schuld die alte bleibt, so gehen dennoch grundsätzlich dem Gläubiger für die Forderung gestellte Bürgschaften, Hypotheken und Pfandrechte unter, da sie mit Rücksicht auf die Schuldnerpersönlichkeit eingegangen sind. Ebensowenig kann der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht im Konkurse geltend machen. Diese genannten Wirkungen sind Durchbrechungen des Sukzessionsprinzips, die sich zum Teil aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten erklären, zum Teil aus dem allgemein anerkannten Satz, daß zwei Vertragsparteien die rechtliche Stellung eines Dritten grundsätzlich nicht ändern, vor allem nicht verschlechtern können. Hingegen bewahrt sich die Identität der Schuld darin, daß der neue Schuldner dem Gläubiger alle Einwendungen entgegensetzen darf, die der alte Schuldner ihm hätte entgegensetzen dürfen, wobei aber begreiflicherweise wieder eine Ausnahme gemacht werden muß bezüglich derjenigen Verteidigungsmittel, durch die der Neuschuldner dem Altschuldner Pflichten auferlegen oder Rechte nehmen würde. Ersteres würde beispielsweise für den Vollzug der Wandelung, letzteres für die Aufrechnung mit einer dem bisherigen Schuldner zustehenden Forderung gelten.

Die Frage, ob die privative Schuldübernahme abstrakt oder kausal ist, wird von der herrschenden Ansicht im letzteren Sinne entschieden. Der Grund, aus dem sich ein Dritter dazu versteht, die Schuld eines andern zu übernehmen, kann ein sehr verschiedener sein. Der Übernehmer kann dadurch eine Schuld tilgen wollen, die ihm dem Schuldner gegenüber obliegt, er kann ihm schenken wollen usw. Diese causa, die dem Innenverhältnis von Schuldner und Übernehmer angehört, kommt durch den Übernahmeakt nicht zum Ausdruck. Der Übernahmevertrag bleibt auch bei einem Mangel der causa wirksam, unbeschadet der sich für den Übernehmer in diesem Falle ergebenden Bereicherungsansprüche, gegen den ursprünglichen Schuldner. Auch der Verfügungscharakter der privativen Schuldübernahme spricht für ihre abstrakte Natur.

Zum Schluß der Darstellung der privativen Schuldübernahme sei noch bemerkt, daß Gegenstand eines Schuldübernahmevertrages — sowohl für die privative als auch für die kumulative Schuldübernahme — nach unserer Ansicht nicht solche Leistungen sein können, deren Erfüllung vom Schuldner höchstpersönlich zu erbringen ist. Eine Übernahme solcher Schulden ist unter allen Umständen eine Abänderung der Schuld, die wohl mit Zustimmung des Gläubigers möglich ist, aber keine Schuldübernahme darstellt.

Wir halten nun unsere Absicht, die privative Schuldübernahme in der Art darzustellen, daß wir im nachfolgenden an die erwähnten Probleme mit Vorteil anknüpfen können, für erreicht, und wenden uns dem Hauptprobleme zu: der kumulativen Schuldübernahme und der Bürgschaft. Wir beginnen mit der Darstellung der kumulativen Schuldübernahme. Bei ihr tritt neben den ursprünglichen Schuldner, dessen Verpflichtung bestehen bleibt, noch ein Dritter als Mitverpflichteter in das Schuldverhältnis ein. Das Vorkommen von Verträgen, als deren Folge ein Gläubiger in Ansehung derselben ihm nur einmal gebührenden Leistung neben dem ursprünglichen noch einen weiteren Schuldner erhalten soll, ist eine Erscheinung, die uns in den älteren und neueren Gesetzgebungen begegnet. So war denn auch dem römischen Rechte unsere kumulative Schuldübernahme keineswegs eine unbekannte Erscheinung. Sie erfolgte allgemein mittels des constitutum debiti aliene. Für den Fall, daß die ursprüngliche Schuld eine Stipulationsschuld war, hingegen dadurch, daß sich der Gläubiger das, was ihm jemand zu leisten hatte, von einem anderen neuerdings derart promittieren ließ, ut duo rei constituantur: neque ulla novatio fiet [1].

Im germanischen Recht scheint der Erfolg der kumulativen Schuldübernahme zunächst im Wege eines zwischen dem Übernehmer und dem ursprünglichen Schuldner zugunsten des Gläubigers geschlossenen Vertrages erreicht worden zu sein. Auf Grund dieses Vertrages, in dem der Übernehmer dem Schuldner die Befriedigung des Gläubigers versprach, erlangte der Gläubiger, unbeschadet der fortdauernden Verpflichtung des bisherigen Schuldners, einen direkten Anspruch gegen den Übernehmer [2].

Der eben bezeichnete Erfolg konnte dann im mittelalterlichen deutschen Recht auch durch Vertrag mit dem Gläubiger herbeigeführt werden.

---

[1]) vgl. 1, 3 pr. D. de duobus reis constit. 45, 2.
[2]) Delbrück, S. 57, 70.

Die Rezeption des römischen Rechts schuf hierin keine Änderung. Der auf kumulative Schuldübernahme gerichtete Vertrag fiel jetzt zwanglos unter das constitutum debiti alieni und wurde auch in Theorie und Praxis unter diesem Gesichtspunkte anerkannt.

Umso eigenartiger mutet es an, daß die kumulative Schuldübernahme im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Regelung gefunden hat. Das Gesetz stellt nur die Möglichkeit auf, daß durch die Übernahme der alte Schuldner ausscheidet und der neue an seine Stelle tritt, übergeht aber den Fall des Eintretens für fremde Schuld als solidarischer Mitschuldner. Es verwendet den Begriff der kumulativen Schuldübernahme niemals ausdrücklich. Heißt das nun, daß das Bürgerliche Gesetzbuch einen Vertrag dieser Art schlechthin ablehnt? Aus der Tatsache, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nur die privative Schuldübernahme ausdrücklich regelt, kann man diese Folgerung nicht ziehen. Unstreitbar steht nämlich fest, daß das Bürgerliche Gesetzbuch im Schuldrecht von dem Grundsatz der ungehemmten Vertragsfreiheit beherrscht wird und in dieser Beziehung nur zwei Grenzen kennt: Das Gesetz und die guten Sitten. Innerhalb dieser Grenzen genügt der Wille der Parteien, einen schuldrechtlichen Erfolg herbeizuführen, um diesen eintreten zu lassen. Da die kumulative Schuldübernahme aber durchaus nicht gegen die oben angegebenen Grenzen verstößt, steht ihrer Anwendbarkeit rechtlich nichts im Wege. Ferner spricht für ihre Zulässigkeit, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Wirkung einer kumulativen Schuldübernahme in Ausführung des deutschrechtlichen Gedankens, daß die Schulden an den ursprünglich zur Befriedigung des Gläubigers bestimmten Vermögen haften, an gewisse Verträge knüpft, durch welche der eine Teil das Vermögen des anderen Teiles übernimmt, ohne dabei die Übernahme der Schulden besonders zum Ausdruck zu bringen. Dies ist der Fall in den §§ 419 und 2382 BGB [1]). In den genannten §§ ist nirgends die Rede von kumulativer Schuldübernahme und auch ihr Tatbestand wird hier nicht ausdrücklich geregelt. Das Bürgerliche Gesetzbuch gedenkt ihrer nur in der Rechtsfolgesatzung. Wenn aber die kumulative Schuldübernahme zwar nicht selbst geregelt ist, aber doch regeln hilft, muß das Bürgerliche Gesetzbuch die Möglichkeit ihres Bestehens voraussetzen. Jedoch soll hier nicht unterlassen werden darauf aufmerksam zu machen, daß sich die genannten Fälle einer sogenannten gesetzlichen kumulativen Schuldübernahme

[1]) Vergl. auch die §§ 25, 28, 130 HGB.

insofern von dem von uns zu behandelnden Rechtsinstitut unterscheiden, als bei ihnen das ganze bezw. ein Teil des verhafteten Vermögens auf den Übernehmer übergeht, ohne daß durch den Übernahmevorgang das Vermögen mit Rücksicht auf den Altschuldner haftungsfrei geworden wäre. Der Möglichkeit, eine kumulative Schuldübernahme vertragsmäßig zu vereinbaren, steht jedoch diese Erwägung keineswegs entgegen.

Mit der Frage der Zulässigkeit der kumulativen Schuldübernahme ist aufs innigste die weitere Frage verknüpft, ob ihre neben der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Bürgschaft, insbesondere der selbstschuldnerischen ein besonderes rechtliches Dasein gebührt. Auch bei der Bürgschaft erhält der Gläubiger ähnlich dem Rechtsvorgange bei der kumulativen Schuldübernahme einen neuen Schuldner neben dem alten. Die infolge dieser Verwandschaft entstehende Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Rechtsfiguren ist außerordentlich verschieden beantwortet worden. Die Wissenschaft weist Vertreter auf, die die kumulative Schuldübernahme restlos in der selbstschuldnerischen Bürgschaft aufgehen lassen. So kennt Bendix [1]) nur die privative Schuldübernahme. „Ein Vertrag dagegen zwischen dem Gläubiger und zwischen dem Übernehmer, wonach letzterer nicht an die Stelle des Schuldners, sondern kumulativ neben diesen als Solidarschuldner treten soll, kann nur als selbstschuldnerische Bürgschaft beurteilt werden". In fast derselben Weise äußerst sich v. Blume [2]). Er meint, das Gesetz habe die bestärkende Schuldübernahme zwar nicht in dem Titel Schuldübernahme geregelt, sie aber trotzdem ermöglicht. Jedoch will er sie als eine Unterart der selbstschuldnerischen Bürgschaft aufgefaßt wissen. Zu erwähnen ist auch die Ansicht des Planckschen Kommentars [3]). Hier werden Fälle als möglich hingestellt, „in denen die kumulative Schuldübernahme mit der Bürgschaft identisch sei". Andere wiederum meinen, die kumulative Schuldübernahme sei wohl begrifflich von der Bürgschaft zu trennen, doch wirtschaftlich und praktisch nicht von ihr zu unterscheiden [4]). Eine Abart dieser Ansicht ist schließlich diejenige Meinung, die zwischen „im Eigeninteresse" und „bürgschaftshalber" eingegangener Schuldübernahme unterschieden wissen will [5]). Die Schuld-

[1]) a. a. O. S. 330.
[2]) Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 426. Vgl. auch Witte in Posener Monatsschr. 1903 S. 69 ff.
[3]) 3. Aufl. II, 1908 S. 822.
[4]) Oertmann S. 300.
[5]) Salinger im. Arch. f. Bgl. Recht Bd. 28 S. 81.

übernahme der zuletzt bezeichneten Art soll zwar begrifflich von der Bürgschaft unterschieden werden, immerhin aber den Vorschriften des Bürgschaftsrechtes unterliegen.

Die vorstehenden Ausführungen, aus denen ersichtlich ist, daß die kumulative Schuldübernahme mehr oder weniger der Bürgschaft gleichgestellt wird, zeigen, daß der Schwerpunkt des kumulativen Schuldübernahmerechtes das Verhältnis zur Bürgschaft ist. Um zu einem klaren Ergebnis zu kommen, inwieweit die kumulative Schuldübernahme theoretisch wie praktisch trotz gewisser Verwandtschaft ihre eigenen Wege geht, ist es notwendig, beide Rechtsfiguren zunächst in ihren Tatbeständen begrifflich klarzulegen und dann in Vergleich zueinander zu setzen.

Die kumulative Schuldübernahme ist, wie wir gesehen haben, ein Vertrag, durch den jemand in einen bestehenden Schuldverband eintritt, ohne die Schuld zu übernehmen. Dieser Vertrag — wir wollen nur die vertragliche kumulative Schuldübernahme behandeln — kann sich nun verschieden gestalten. Nach Lage der Dinge sind bei der k. Schuldübernahme drei Personen beteiligt: der Gläubiger, der Schuldner und der Beitretende. Ausgeschlossen ist die Herbeiführung der rechtlichen Gebundenheit ohne Mitwirkung des Beitretenden, denn ein Dritter kann durch Vertrag nicht als Schuldner verpflichtet werden, wenn er an dem Vertrage in keiner Weise beteiligt ist. Der Vertrag dagegen, bei dem alle drei Beteiligten mitwirken, ist selten und bietet juristisch keine Schwierigkeiten. Wir haben es also analog der für die privative Schuldübernahme geltenden Vorschriften vor allem mit zwei Begründungsarten zu tun: der gläubigervertraglichen und der schuldnervertraglichen [1]). Durch den zwischen Gläubiger und Mitübernehmer geschlossenen Vertrag verpflichtet sich letzterer eine von dem Urschuldner geschuldete Leistung neben jenem in der Weise zu schulden, daß der Gläubiger nach seiner Wahl die Leistung fordern könne, die Leistung aber nur einmal zu bewirken sei. Bei der schuldnervertraglichen k. Schuldübernahme verpflichtet sich der Übernehmer dem Schuldner gegenüber dahin, daß er neben ihm als gleichgeordneter Schuldner nach Maßgabe der Urschuld so verpflichtet sein wolle, als habe er jene Schuld dem Gläubiger gegenüber selbst kontrahiert. Auch in diesem Falle hat der Gläubiger die Wahl bezüglich der Schuldnerperson und ist mit einmaliger Leistung abgefunden. Wesentlich sind dieser Art der k. Schuldübernahme zwei Momente.

[1]) Diese Ausdrücke stammen von Reichel, a. a. O.

Einmal ist eine Zustimmung des Gläubigers im Gegensatz zu der privaten Schuldübernahme nicht erforderlich. Dies hat seine Begründung darin, daß bei der privativen Schuldübernahme dem Gläubiger ein Schuldner geraubt, mit anderen Worten über seine Forderung verfügt wird, wogegen die k. Schuldübernahme dem Gläubiger Rechte nicht nimmt, sondern nur gibt. Bedenken hiergegen, die sich daraus ergeben können, daß der Mitübernehmer z. B. eine aufrechenbare Gegenforderung besitzt nnd somit der Gläubiger hierdurch benachteiligt ist, finden dadurch ihre Erledigung, daß die schuldnervertragliche k. Schuldübernahme sich als Vertrag zugunsten des Gläubigers als eines Dritten darstellt, woraus sich ergibt, daß der Gläubiger auf Grund von § 333 BGB die Möglichkeit hat, das aus dem Vertrage erworbene Recht mit der Rechtsfolge zurückzuweisen, daß es als nicht erworben gilt.

Hiermit haben wir auch das zweite Moment erwähnt, nämlich den unmittelbaren Erwerb des Gläubigerrechts aus dem Vertrage durch den Gläubiger. In dieser Wirkung liegt der Unterschied zwischen der schuldnervertraglichen k. Schuldübernahme und der Erfüllungsübernahme, die nach § 329 BGB als gewollt anzusehen ist, „wenn sich in einem Vertrage der eine Teil zur Befriedigung des Gläubigers des anderen Teils verpflichtet, ohne die Schuld zu übernehmen.

Wie oben gezeigt, liegt die Bedeutung der k. Schuldübernahme also einerseits darin, daß ein Dritter in das bestehende Schuldverhältnis eintritt, andererseits darin, daß er neben den alten Schuldner tritt. Hierbei kann es zweifelhaft erscheinen, ob wir es mit einer echten Übertragung der Schuld oder mit einer vertragsmäßigen Neuschaffung einer Schuld zu tun haben, die der ursprünglichen durchaus gleich und deren Schuldner der Schuldübernehmer ist, m. a. W. es tritt auch hier die Frage nach der Sukzession in fremde Schuld in den Streit der Meinungen.

Der Gedanke, daß sich im Wege der k. Schuldübernahme eine vervielfältigende Schuldsukzession entwickeln könne, ist wohl zuerst von Delbrück [1]) ausgesprochen worden, nach dessen Auffassung eine Schuldübernahme nur zwischen Altschuldner und Übernehmer vereinbart werden konnte, der Gläubiger aber aus dieser Vereinbarung bei Fortbestehen seines Anspruches gegen den Altschuldner sofort auch den Anspruch gegen den Übernehmer erwarb. Diesen

[1]) Übernahme fremder Schulden, S. 18, 70 ff, 119 ff.

Gedanken der vervielfältigenden Schuldsukzession hat dann auch für die zwischen Gläubiger und Übernehmer vereinbarte k. Schuldübernahme Hellwig [1]) wieder aufgenommen. Trotz des hiergegen von Romeick [2]), Reichel [3]) und Lippmann [4]) erhobenen lebhaften Bedenken, schlossen sich O. v. Gierke [5]) und Knoke [6]) der Konstruktion Hellwigs an [7]).

Die Möglichkeit einer vervielfältigenden Schuldsukzession ist gewiß anzuerkennen, besonders im Hinblick auf die Fälle des § 419 BGB und des Erbschaftskaufes für den Fall, daß der Alleinerbe die Erbschaft oder ein Teilerbe nach der Auseinandersetzung die ihm auf seinem Erbteil zugewiesenen Gegenstände veräußert. Aus diesen Fällen ergibt sich aber nur die Denkmöglichkeit einer vervielfältigenden Sukzession in die Schuld, denn hier tritt die Schuldnachfolge ein, ohne daß ein dem Gläubiger gegenüber verbindliches Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen wird, wie dies bei der Begründung der k. Schuldübernahme der Fall ist. Den Übernehmer trifft in den beiden erwähnten Fällen die Schuldpflicht, weil er von dem bisherigen Schuldner Vermögen übernommen hat, das durch die Übernahme nicht haftfrei wird. Gerade § 419 BGB enthält nämlich zum Schutze der Gläubiger den allgemeinen Grundsatz, daß die Schulden am Vermögen haften und von diesem Vermögen durch rechtsgeschäftliche Veränderung nicht abgetrennt werden können. Es soll eben erreicht werden, daß Vermögenskomplexe, die wirtschaftlich selbständiger Art sind, aus der Haftung für Schulden, die in der Person des bisherigen Vermögensinhabers entstanden sind, nicht herausgezogen werden. Immerhin muß aber zugegeben werden, daß eine vervielfältigende Schuldnachfolge an sich möglich ist.

Ob eine solche Schuldnachfolge bei der k. Schuldübernahme möglich ist, ist ebenso wie im Falle der privativen Schuldübernahme äußerst bestritten. Die gegen diese Auffassung erhobenen Einwendungen sind zum Teil die gleichen wie bei der privativen Schuldübernahme, zum Teil richten sie sich gegen die Vorstellung einer vervielfältigenden Nachfolge überhaupt, weil jede Nachfolge ein Verdrängen des Vorgängers durch den Nachfolger sei. Den zuletzt erwähnten Bedenken ist die Beweiskraft genommen,

---

[1]) Die Verträge auf Leistung an Dritte 1899, S. 176.
[2]) Zur Technik des BGB, Heft 3 (1904) S. 88.
[3]) a. a. O. S. 533.
[4]) Ziv. Arch. 107 S. 62 ff.
[5]) Schuldnachfolge und Haftung S. 37 ff.
[6]) Iherings Jahrb. Bd. 60 S. 419.
[7]) Vgl. Plancks Komm. II, S. 595.

wenn man das Wesen der Nachfolge nicht in der wörtlich genommenen Identität von Urschuld und Neuschuld sondern im Eintritt der letzteren in die Rechtsstellung der ersteren erblickt. Wenn der Wille der Parteien ausreicht, eine Schuld mit befreiender Wirkung für den Schuldner als eigene zu zu übernehmen, so muß er auch zu dem Minus genügen, diese fremde Verbindlichkeit ohne befreiende Wirkung auf einen andern übergehen zu lassen. Aber sollte man sich auch mit dem Gedanken einer Schuldnachfolge bei der k. Schuldübernahme nicht befreunden können und mehr zu der Annahme einer vertragsmäßigen Neuschaffung eines dem Urschuldverhältnisses entsprechenden neuen Schuldverhältnisses neigen, so wird man bedenken müssen, daß der Wille der Parteien dahin geht, der Übernehmer solle die Schuld so schulden, als wäre sie von Anfang an in seiner Person entstanden. Man wird also bei der k. Schuldübernahme mindestens als Fiktion von einem Übergang der Schuld auf den Übernehmer sprechen können, weil der Wille der Parteien dahin geht, in der Person des Übernehmers die Folgen einer Schuldnachfolge eintreten zu lassen.

Auch die Erkenntnis, daß eine Nachfolge im Rechte und eine ausschließende Nachfolge in Verpflichtungen rechtsgeschäftlich nur mittels einer Verfügung herbeigeführt werden kann, steht unserer Auffassung von dem Zutreffen einer Schuldnachfolge auch bei der k. Schuldübernahme nicht entgegen. Wir dürfen freilich aus der Bejahung der Schuldnachfolge bei der k. Schuldübernahme nicht den Schluß ziehen, daß bei ihr nun deshalb auch eine Verfügung vorhanden sei. Deshalb aber enthält die k. Schuldübernahme eine Verfügung über die Urforderung, weil sie das ursprüngliche Schuldverhältnis in Mitleidenschaft zieht. Durch die gültige k. Schuldübernahme wird nämlich auch die Forderung gegen den ursprünglichen Schuldner der Zerstörung durch eine Aufrechnung des Übernehmers ausgesetzt und von dem Annahmeverzug des Gläubigers gegenüber dem Übernehmer betroffen. Auch wird die Gegenforderung des ursprünglichen Schuldners dem Zurückbehaltungsrecht bis zur Leistung des Übernehmers unterworfen.

Durch den Verpflichtungsvertrag gibt, wie wir sahen der Übernehmer zu erkennen, daß er eine bisher fremde Schuld als nunmehr zugleich eigene ansehen will, daß er sich zu der genau derselben Leistung verpflichten will, wie es der Urschuldner ist. Inhalt und Umfang seiner Verpflichtung soll sich demnach aus dem Urschuldverhält-

nis bestimmen. Mit dem Inhalt der ihm vordem fremden Schuld eignet sich der Übernehmer auch deren Rechtsgrund an. „Die bestehende causa des fremden Rechtsverhältnisses wird der Grund der Verpflichtung des Beigetretenen" [1]). Dies scheint als Ergebnis einer Schuldnachfolge selbstverständlich, bedarf aber zum Verständnis noch einiger Erörterungen.

Der Übernahmevertrag bei der k. Schuldübernahme hat zum Inhalt die Verpflichtung, dem Gläubiger oder Schuldner gegenüber eine Schuld des letzten an den Gläubiger mitschulden zu wollen. Die Leistung, die der Vertragsgegner aus dem Übernahmevertrage von dem Übernehmer zu fordern berechtigt ist, besteht also in dem Mitschuldnerwerden, m. a. W. in der Abgabe der Willenserklärung, die Schuld des Urschuldners ebenfalls zu schulden. Die Abgabe dieser Willenserklärung ist die Erfüllung des Übernahmevertrages, da eine zum Erfüllungswillen hinzukommende, äußerlich in Erscheinung tretende besondere Erfüllungshandlung zur Erfüllung des Vertrages nicht denkbar ist. Eine Besonderheit besteht bei dem Übernahmevertrage nur insofern, als der Abschluß des obligatorischen Vertrages mit seiner Erfüllung zusammenfällt, denn indem der Übernehmer sich dazu verpflichtet die Urschuld mitschulden zu wollen, hat er, sofern sein Antrag angenommen wird, die Willenserklärung die der Vertragsgegner auf Grund des obligatorischen Vertrages zu fordern berechtigt war, abgegeben. Durch diese mit der Vertragsbegründung zusammenfallende Erfüllung erlischt das durch den Vertrag entstandene Schuldverhältnis, um gleichzeitig ein neues, nunmehr nur zwischen Übernehmer und Gläubiger bestehendes hervorzubringen. — Der Gedanke, daß durch den Untergang einer Obligation eine neue Verbindlichkeit entstehen kann, ist dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht fremd. Macht z. B. eine Partei von ihrem Rücktrittsrechte Gebrauch, so erlischt damit das Schuldverhältnis. Insoweit gehört der Rücktritt vom Vertrage seiner systematischen Stellung nach in die Lehre von dem Untergange der Obligationen. Dem Rücktritt wohnt nun aber neben der rechtszerstörenden eine rechtsbegründende Kraft inne, indem infolge des Rücktritts, also infolge des Erlöschens des bestehenden Schuldverhältnisses zwischen den Parteien möglicherweise ein neues Schuldverhältnis zur Entstehung kommt, gerichtet auf Rückgewähr der vor Auflösung des

---

[1]) Westerkamp, a. a. O. S. 43 vgl. auch Hauck, S. 61, Reichel S. 60.

Vertrages bereits bewirkten Leistungen. — Dieses durch den Untergang des Verpflichtungsvertrages bei der kumulativen Schuldübernahme neu entstehende Schuldverhältnis ist der im Zeitpunkt des Verpflichtungsvertrages vorhandenen Urschuld hinsichtlich des Bestandes, Inhaltes und des Umfanges völlig kongruent. Es ist von demjenigen, von dem es erzeugt worden ist, das aber bei der Erzeugung untergegangen ist, streng zu scheiden, weshalb wir im folgenden zur Unterscheidung von Verpflichtung zwecks Übernahme einer fremden Schuld und Verplfichtung aus der übernommenen Schuld sprechen wollen. Die begriffliche Besonderheit bei der k. Schuldübernahme besteht also darin, daß ihr Begriff einerseits die Begründung einer obligatorischen Verpflichtung zur Übernahme einer fremden Schuld und andererseits gleichzeitig die dingliche Erfüllung dieser Übernahmeverpflichtung mit der Wirkung der Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses im Sinne des von § 421 BGB in sich schließt. Denn das neue durch den Untergang der Verpflichtung zwecks Übernahme einer fremden Schuld entstandene Schuldverhältnis bildet zusammen mit dem Urschuldverhältnis den Tatbestand eines Gesamtschuldverhältnisses.

Da aber nicht jedes Gesamtschuldverhältnis eine k. Schuldübernahme darstellt, ist nun auf das Wesen der Gesamtschuldverhältnisse einzugehen, und die Stellung der k. Schuldübernahme im System der passiven Gesamtschuldverhältnisse zu bestimmen.

Wie bei der Gläubigermehrheit verschiedene Gestaltungen auseinander zu halten sind, so ist dies auch bei der Schuldnermehrheit der Fall. Handelt es sich hierdurch um teilbare Leistungen, so spaltet sich das Schuldverhältnis grundsätzlich in eine der Zahl der Schuldner entsprechende Summe von einzelnen Schuldverpflichtungen die im Zweifel gleich groß sind (§ 420 BGB). Diese Teilschuldnerschaft ist aber ein bloßes Prinzip, das durch weitreichende Ausnahmen seiner praktischen Bedeutung entkleidet wird. Denn gerade die wichtigsten Fälle von teilbaren Obligationen hat das Gesetz der Regel „nomina sunt ipso iure divisa" entzogen. So sind auch bei teilbarer Leistung mehrere Schuldner nicht Teilschuldner sondern Gesamtschuldner, wenn sie sich durch Vertrag gemeinsam zu der Leistung verpflichtet haben (§ 427 BGB). Der Gesamtforderung auf der aktiven Seite entspricht die Gesamtschuld auf der passiven Seite des Schuldverhältnisses. Hier hat jeder Schuldner die ganze Leistung zu bewirken, während der Gläubiger sie nur einmal zu fordern berech-

tigt ist. Die Gesamtschuld soll den Gläubiger vor den Gefahren schützen, die ihm aus der Insolvenz eines einzelnen Schuldners erwachsen. Darum kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung nach freiem Belieben das Forderungsrecht ganz oder teilweise, gleichzeitig oder nacheinander gegen jeden der mehreren Schuldner geltend machen.

Die Frage, ob das Gesamtschuldverhältnis nur ein Schuldverhältnis bei Mehrheit der Berechtigten bezw. der Verpflichteten oder ob es nur einen Sammelnamen für eine Mehrheit von einzelnen, freilich in gewisser Beziehung voneinander abhängigen sonst aber selbständigen Schuldverhältnissen bedeute, wird von der herrschenden, auch vom RG gebilligten Meinung im Sinne der Mehrheitstheorie entschieden. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt den Unterschied zwischen Korreal- und Solidarobligationen nicht, es behandelt nach herrschender Ansicht vielmehr das Recht der einzelnen Gesamtgläubiger als selbständige Ansprüche und die Schuld der mehreren Gesamtschuldner als selbständige Verpflichtungen. Das Gesamtschuldverhältnis ist also eine Mehrheit einzelner nur in gewissen Beziehungen zusammenhängender Schuldverhältnisse.

Welches ist nun das Band, das die einzelnen Obligationen in einer Weise umfaßt, daß man von einer Gesamtschuld sprechen kann? Die Bestimmung dieser Wechselbeziehung ist identisch mit der Frage nach dem Unterschied zwischen echten und unechten Gesamtschuldverhältnissen.

Darüber, daß eine solche Unterscheidung in echte und unechte Gesamtschuldverhältnisse zu machen ist, ist man sich in der Rechtswissenschaft allgemein einig. Für die Frage nach dem Unterscheidungsmerkmal stehen sich dagegen im wesentlichen zwei Ansichten gegenüber. Die eine sieht das Unterscheidungsmerkmal in der Gleichheit des Entstehungsgrundes. Wenn aus verschiedenen Entstehungsgründen mehrere Verbindlichkeiten gleichen Inhalts und Zwecks begründet werden, so liegt nach dieser Ansicht ein unechtes Gesamtschuldverhältnis vor [1]). Diese Theorie schafft eine den echten Gesamtschuldverhältnissen analog zu behandelnde Außengruppe der unechten Gesamtschuldverhältnisse, zu der sie alle Fälle mit Ungleichartigkeit des Schuldgrundes zählt.

Indessen liegt kein Grund vor, den ungleichgründigen Gesamtschuldverhältnissen die direkte Anwendung der Ge-

[1]) Vgl. u. a. Oertmann S. 141, Crome S. 375, Kohler S. 151, RG 61, 60; 67, 128.

setzesvorschriften der §§ 421 ff. vorzuenthalten, sie aus der Reihe der echten Gesamtschuldverhältnisse auszuschließen. Jene Theorie trägt hier eine Unterscheidung in das Gesetz hinein, die es selbst nicht gewollt hat. Das Gesetz trifft nämlich keine Bestimmung darüber, daß Gleichheit des Schuldgrundes ein Begriffsmerkmal für das Gesamtschuldverhältnis sei. Eine Unterscheidung nach Gleichheit oder Ungleichheit des Entstehungsgrundes ist ihm fremd. Das Wesen der Gesamtschuld besteht vielmehr in ihrem auf Gemeinschaft des Zweckes beruhenden Zusammenhang, das Kriterium der Gesamtschuld ist Zweckgemeinschaft [1]). Es ist nur erforderlich, daß die mehreren Schuldner nicht ohne inneren Zusammenhang verpflichtet worden sind. Die Haftbarkeit des Geschäftsherrn gemäß § 278 BGB aus Vertrag und seines Erfüllungsgehilfen aus Delikt bilden ein Musterbeispiel der echten Gesamtschuld trotz Verschiedenheit des Schuldgrundes [2]).

Wenn aber der Gedanke an eine derartige Zweckgemeinschaft ausgeschlossen ist, die mehreren Personen ohne jede Beziehung zueinander für dasselbe Interesse haften, so liegt eine Gesamtschuld nicht vor. Auf derartige Fälle, die wir als unechte Gesamtschulden bezeichnen wollen, sind die Vorschriften über Gesamtschuld nicht ohne weiteres anwendbar und die Anwendung der Regel der Ausgleichung unter den Gesamtschuldnern wird gleichfalls gewöhnlich ausgeschlossen sein [3]).

Trotz des oben Gesagten ist der Unterschied nicht zu verkennen, der insofern bei den Gesamtschuldverhältnissen besteht, als sie auf demselben oder auf verschiedenem Rechtsgrunde beruhen. Unter diesem Gesichtspunkte sind sie in gleichgründige und ungleichgründige Gesamtschuldverhältnisse einzuteilen. Aber die ungleichgründigen aus der Reihe der wirklichen Gesamtschuldverhältnisse auszuscheiden und auf sie die Gesetzesvorschriften nur analog anzuwenden, liegt kein Grund vor.

Ist nun aus der Zweckgemeinschaft bei der k. Schuldübernahme ersichtlich, daß sie ein Gesamtschuldverhältnis darstellt, so ist damit nicht gesagt, daß jede eine Gesamtschuld begründende Interzession ein Fall der k. Schuldübernahme ist. Denn da bei der k. Schuldübernahme wohl eine neue Verbindlichkeit aber kein neuer Schuldgrund

---

[1]) RG 77, 323; 82, 430; 84, 418 und 430; 92, 408. Warneyer Komm. § 421; Lindemann-Soergel Komm. § 420, Enneccerus II S. 266 (1923).
[2]) RG 77, 323.
[3]) RG 61, 60; 67, 128; 79, 290; 82, 430.

geschaffen wird, sind die Fälle auszuscheiden, in denen jemand durch Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses, durch Anweisungsannahme oder Wechselversprechen interzediert. Wohl wird auch in diesen Fällen ein Gesamtschuldverhältnis geschaffen, jedoch ist dies ein ungleichgründiges. Die k. Schuldübernahme erfolgt aber stets durch Beitritt als gleichgründiger Gesamtschuldner.

Vom Gesichtspunkte der Begründungszeit aus kann nun die k. Schuldübernahme gleichzeitig mit der Urschuld entstehen oder in der Weise, daß einem Schuldner, der bisher allein stand, nachträglich ein neuer Schuldner sich zugesellt. Beide Möglichkeiten läßt der Begriff „gemeinschaftlich" offen, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch im § 427 sagt: „Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich [1]) zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner". Eine gemeinschaftliche Verpflichtung ist zur Begründung einer Gesamtschuld also erforderlich. „Gemeinschaftliche" Verpflichtung setzt ein Doppeltes voraus: Einmal daß die mehreren Schuldner sich zu ein und derselben Leistung verpflichten und andererseits, daß sie sich nebeneinander verpflichten, dagegen ist das Wort „gemeinschaftlich" nicht in dem Sinne zu verstehen, daß die Beteiligten sich zu gleicher Zeit verpflichten [2]), ja es ist auch nicht einmal nötig, daß sie voneinander wissend in diese Zweckgemeinschaft geraten, wie insbesondere daraus hervorgeht, daß auch mehrere Bürgen, bei denen das eben Gesagte zutrifft nach § 769 BGB als echte Gesamtschuldner haften.

Gleichgültig ist für die Begründung der Gesamtschuld ferner, ob der Verpflichtungsvertrag schuldnervertraglich oder gläubigervertraglich abgeschlossen wird. Denn auf die Ausgestaltung der Verpflichtung aus der übernommenen Schuld sind beide Arten des Verpflichtungsvertrages zwecks Übernahme fremder Schuld gleich bedeutungslos, da sie ja mit der Entstehung erfüllt werden und so ihr Ende erreichen. Zu beachten ist hierbei, daß der Verpflichtungsvertrag zwischen Übernehmer und Urschuldner sich als Vertrag zugunsten Dritter charakterisiert, was beim gläubigervertraglichen Verpflichtungsvertrag nicht zutrifft. Auf jenen finden daher die Vorschriften über Verträge zugunsten Dritter Anwendung, wobei sich aus den Umständen und dem Zwecke des Vertrages ergibt, daß der Dritte

---

[1]) Nicht etwa: gemeinschaftlich durch Vertrag.
[2]) Martinus a. a. O. S. 183. Staudinger § 427 Anm. 2. Planck § 427 Anm. 1.

das Recht aus dem Vertrage sofort erwerben soll (§ 328 BGB) und daß der Versprechungsempfänger hiermit sein Recht aus dem Vertrage verliert. Deshalb kommen auch unter Ausschluß des § 434 BGB dem Versprechenden die Einwendungen aus dem Vertrage dem Dritten gegenüber nicht mehr zustatten.

Wohl legt, im Gegensatz zu dem oben Gesagten, eine Analogie der privativen Schuldübernahme mit der k. Schuldübernahme den Schluß nahe, die k. Schuldübernahme sei eine nachfolgende. Anzuerkennen ist jedoch nur, daß dies der weit häufigere Fall sein wird. Aber gleichwohl ist aus dieser Erscheinung nicht eine Begriffsnotwendigkeit zu konstruieren.

Wie gestalten sich nun die gegenseitigen Beziehungen von Übernahme, Schuld und Urschuld zueinander? Hier handelt es sich um die Untersuchung, ob die Gesamtschuld des Übernehmers der des Urschuldners akzessorisch ist oder ob die Verbindlichkeiten, wenn auch in mancher Beziehung voneinander abhängig, gleichwertig nebeneinander stehen. Diese Untersuchung ist umsomehr von Wichtigkeit als in der Wissenschaft von einzelnen Autoren das durch die k. Schuldübernahme begründete Gesamtschuldverhältnis als akzessorisch aufgefaßt wird. Am deutlichsten kommt dies zum Ausdruck, wenn Hellwig [1]) die k. Schuldübernahme als „akzessorische Schuldübernahme" bezeichnet. Ähnlich ist auch die Stellungnahme derjenigen Schriftsteller, die unterscheiden wollen, ob die k. Schuldübernahme im „Eigeninteresse" abgeschlossen sei oder „Bürgschaftscharakter" habe. So nennt Birkenbihl [2]) die k. Schuldübernahme gleichfalls akzessorische Schuldübernahme, Wolf [3]) nennt sie eine akzessorische Gesamtverpflichtung, um später aber zu betonen, daß der akzessorische Charakter mehr zurücktrete [4]).

Akzessorietät und Abhängigkeit sind im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht identische Begriffe. Akzessorietät ist Abhängigkeit schlechthin. Akzessorisch ist eine Schuldverpflichtung gegenüber einer anderen, wenn sie sich dieser als Hauptverbindlichkeit dienend anschließt und in jeder Beziehung und fortgesetzt deren rechtliches Schicksal teilt. Abhängig ist eine Schuldverpflichtung von einer anderen schon dann, wenn sie in irgendeiner Weise und irgendeinem Zeitpunkt von dem Ob und Wie jener

---

[1]) Vgl. a. Staudinger Vorb. zu § 414, 4.
[2]) S. 512. a. a. O.
[3]) S. 61 a. a. O.
[4]) S. 64 a. a. O.

mitbestimmt wird [1]). Akzessorietät ist also Abhängigkeit in absoluter Form, sie ist Höchstfall der Abhängigkeit, sodaß wir sagen können: Jede Akzessorietät ist Abhängigkeit, aber nicht jede Abhängigkeit ist Akzessorietät.

Da das spezifische Merkmal der k. Schuldübernahme die Begründung einer Gesamtschuld ist, verhält sich infolgedessen die Schuld des Übernehmers zur Schuld des Urschuldners grundsätzlich nicht anders als es nach den Regeln der Gesamtschuld überhaupt der Fall zu sein pflegt. Ihr Verhältnis zur Urschuld ist mithin nur aus den Vorschriften über Gesamtschuld heraus zu entwickeln. Die Gesamtschulden stehen gleichwertig nebeneinander, es sind alles Hauptverbindlichkeiten der gleichen Kraftfülle, die sich in der Hauptsache unabhängig voneinander entwickeln, was bedeutet, daß sie nicht ohne weiteres in absolute Abhängigkeit voneinander gestellt werden können, es sei denn, daß Gesetz oder Vertrag sie zu einer solchen absoluten Abhängigkeit ausdrücklich verurteilte. Es gibt keinen Fall gesetzlicher akzessorischer Gesamtschuldnerschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch; die unzweifelhaft akzessorische Bürgenschuld ist, wie später nachgewiesen werden wird, im Gesetz nicht als Gesamtschuld geregelt. Von Gesetzes wegen ist also die k. Schuldübernahme nicht als akzessorisches Gesamtschuldverhältnis zu bezeichnen. Dies zeigt vor allem eine Gegenüberstellung von § 425 BGB einerseits und §§ 767, 768 BGB andererseits. Nach § 767 BGB macht die Bürgenschuld alle Veränderungen der Hauptschuld mit, wogegen nach § 425 BGB den Schuldübernehmer die Veränderungen der Schuld des Urschuldners grundsätzlich nicht treffen. Nach § 768 BGB kann der Bürge alle Einreden des Hauptschuldners geltend machen, insbesondere auch die nach der Übernahme der Bürgschaft erworbenen, während dagegen nach § 425 BGB dem Schuldübernehmer diese Einreden nicht zustehen.

Nun ist es begrifflich wohl denkbar, daß eine k. Schuldübernahme mit ausgesprochenem akzessorischen Charakter von den Parteien vereinbart werden kann. Denn § 425 BGB stellt kein zwingendes Recht dar, läßt vielmehr mit den Worten: „. . . . soweit nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt" den Parteien für eine anderweitige Regelung des Gesamtschuldverhältnisses Tür und Tor auf. Gewiß werden sich gerade im Hinblick auf den Interzessions- d. h. den Hilfscharakter der k. Schuldübernahme bei ihr vertragliche Abweichungen von dem Regel-

[1]) cf. Reichel S. 47.

falle zeigen. Eine k. Schuldübernahme jedoch, bei der die Parteien, alle die aus der Akzessorietät der Bürgschaft sich ergebenden Folgerungen vereinbaren, wird man mit Brattig [1]) als ein „Unding" bezeichnen können, das der Verkehr niemals hervorbringen wird. Die Parteien können diesen Erfolg einfacher durch einen Bürgschaftsvertrag erreichen. Es spricht also alle Vermutung gegen eine solche begrifflich mögliche k. Schuldübernahme.

Mithin ist die von einige Autoren vertretene Ansicht, das durch die k. Schuldübernahme begründete Gesamtschuldverhältnis sei ein akzessorisches, abzulehnen. Die Abhängigkeit der Gesamtschuld des k. Schuldübernehmers von der Urschuld ist vielmehr grundsätzlich beschränkt.

Die Erklärung des Mitübernehmers muß sich zunächst auf eine Schuld beziehen und zwar muß diese Schuld eine fremde sein. Deshalb kann z. B. der Ehemann auch nicht Haushaltungsschulden, die seine Ehefrau eingegangen ist (vgl. § 357 BGB), mitübernehmen. Gegen die Möglichkeit der Mitübernahme der Schuld eines Gesamtschuldners durch einen andern Gesamtschuldner wird nichts einzuwenden sein, sofern man auf dem Standpunkte der Mehrheitstheorie steht. Gleichfalls wird man keine Bedenken tragen, die nachträgliche Mitübernahme einer in der Person des Mitübernehmenrs primär entstandenen von einem Dritten privativ übernommenen Schuld zuzulassen. Beerbt der Mitübernehmer den Urschuldner, so tritt Schuldkonkurrenz ein, der Mitübernehmer haftet fortan aus der Urschuld und aus der Mitübernahme. Diese Feststellung ist von Bedeutung rücksichtlich der beschränkten Erbenhaftung. Gleichfalls tritt Schuldkonkurrenz ein bei der Übernahme einer Schuld, für die sich der Übernehmer bereits verbürgt hatte.

Unerläßliche Voraussetzung der k. Schuldübernahme ist, daß die Urschuld zur Zeit der k. Schuldübernahme besteht. Nur eine Schuld, die im Zeitpunkte der Übernahme bereits rechtswirksam besteht, kann übernommen werden. Im weiteren Verlaufe geht aber die Übernahmeschuld grundsätzlich ihre eigenen Wege. Von einem fortdauernden Anschmiegen der einen Schuld an die andere kann hier nicht die Rede sein. Ist die Urschuld im Zeitpunkte der Übernahme wegen Formmangels nichtig, so ist auch die Übernahme ungültig. Dasselbe ist der Fall bei sachlicher Ungültigkeit der Hauptschuld. Ist die Urschuld anfechtbar, so hat man folgendes zu erwägen. Erfolgt die

[1]) a. a. O. S. 31.

Übernahme der Schuld, nachdem die Urschuld bereits angefochten ist, so ist die Mitübernahme ebenso wie die Urschuld nichtig. Wird die Urschuld dagegen erst übernommen, nachdem die Frist zur Anfechtung vorüber ist, so ist die Schuldübernahme insoweit gültig. Jedoch wird man die dem Urschuldner aus § 853 BGB eventuell zustehende peremptorische Einrede im Fall gleicher Sachlage auch dem Übernehmer einräumen müssen. Wird die Schuld zu einem Zeitpunkt übernommen, zu dem das Anfechtungsrecht noch besteht, aber noch nicht geltend gemacht worden ist, so ist die Wirksamkeit der Übernahmeschuld von der Anfechtung der Urschuld seitens des Urschuldners abhängig. In den meisten Fällen dieser Art wird der Übernehmer seine Erklärung auch selbst anfechten können, denn mit seiner Übernahmeerklärung hat er implicite die Worte des Urschuldners wiederholt und wird sich daher meist in demselben Irrtum befinden wie jener. Er glaubte eine rechtsgültige Schuld zu übernehmen, in Wirklichkeit übernahm er eine anfechtbare Schuld. Er befindet sich somit im Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung. Zudem wird man wohl auch Recht daran tun, die Vorschrift des § 770 BGB auf die k. Schuldübernahme auszudehnen, sodaß auch der Übernehmer der Schuld die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange der Urschuldner das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten berechtigt ist [1]). War die Urschuld im Zeitpunkt der Übernahme verjährt, so wird man für den Fall der Unkenntnis von der Verjährung dem Übernehmer die Einrede der Verjährung gegenüber den Ansprüchen des Gläubigers gewähren müssen. War dem Übernehmer dagegen die Verjährung der Urschuld bekannt, so ist in der Mitübernahme ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung zu erblicken [2]).

Ist die Urschuld bedingt, so ist es ipso iure auch die übernommene Schuld. Sie kann in diesem Falle vereinbarungsgemäß nicht als unbedingt statuiert werden [3]). Anders verhält es sich dagegen bei den betagten Schulden. Während bei der bedingten Schuld ungewiß ist, ob überhaupt geschuldet wird, ist hier höchstens ungewiß, wann die Schuld fällig wird. Steht nun fest, daß geschuldet wird, so bedeutet es lediglich eine dem Mitübernehmer freistehende Modifikation der Schuld, wenn ein neuer Termin vereinbart wird. (Vgl. § 272,2.) Ist es dagegen

[1]) Vgl. Reichel a. a. O. S. 348.
[2]) Vgl. RG 78, 130. A. A. Reichel S. 396.
[3]) A. A. Reichel S. 383.

ungewiß, ob der Urschuldner überhaupt schuldet, so würde es als eine nicht mehr auf die Urschuld sich stützende, sondern auf völlig neuer Grundlage sich aufbauende Verpflichtung betrachtet werden müssen, wollte der Übernehmer sich ungeachtet der Bedingung dem Gläubiger verbindlich machen.

Ist die Urschuld unter dem Vorbehalte des Rücktritts geschlossen, so wird die Mitübernahme mit der Rücktrittserklärung gleichfalls hinfällig. Es ist hier jedoch scharf zu unterscheiden zwischen der mit dem Vorbehalt des Rücktritts behafteten Urschuld und dem eventuell unter Vorbehalt des Rücktritts geschlossenen Mitübernahmevertrage, also den Fäller, daß der Urschuldner beim Abschluß des Urschuldvertrages, der Mitübernehmer beim Abschluß des Übernahmevertrages sich den Rücktritt vorbehalten habe. Urschuldvertrag und Übernahmevertrag sind zwei verschiedene Verträge, auch wenn sie zeitlich zusammenfallen sollten. Das Rücktrittsrecht kann nur von demjenigen geltend gemacht werden, dem es eingeräumt ist. Infolgedessen kann der Übernehmer der Schuld nicht das Rücktrittsrecht des Urschuldners und dieser nicht das des Mitübernehmers geltend machen, womit es durchaus vereinbar ist, daß im Falle des Rücktritts des Urschuldners auch die Verbindlichkeit des Übernehmers erlischt. Es findet also § 356 BGB auf die k. Schuldübernahme keine Anwendung [1]), da diese Vorschrift von einer Beteiligung mehrer bei einem Vertrage spricht, während Urschuld und Mitübernahme doch auf ganz verschiedenen Verträgen beruhen. Ausnahmsweise wird man dem Übernehmer der Schuld die Geltendmachung des dem Urschuldner zustehenden Rücktrittsrechts gestatten und zwar in den Fällen, in denen der Übernahme eine vollständige Schuldinteressenüberwälzung vom Urschuldner auf den Übernehmer vorausgegangen ist. Es würde hier oft äußerst unbillig sein, wenn der Übernehmer den Rücktritt nicht anstelle des nicht mehr interessierten Urschuldners erklären dürfte. Aber auch hier macht der Übernehmer nicht sein eigenes Rücktrittsrecht geltend, er vertritt vielmehr nur den Urschuldner. Dagegen daß man eine solche Vertretungsbefugnis in besonderen Umständen erblicken kann, sie also ohne besondere Vereinbarung annimmt, scheint uns nichts einzuwenden zu sein.

Wie für die Frage, ob der Übernehmer schuldet, die Urschuld maßgebend ist, so gilt das Gleiche für die Frage, was und wie er schuldet. Allgemein ist zu sagen, daß

---

[1]) A. A. Westerkamp a. a. O. S. 426, Reichel a. a. O. S. 367.

die übernommene Schuld im Zeitpunkt ihrer Begründung mit der Urschuld völlig identisch ist, Urschuld und Übernahmeschuld sind im Augenblick der Entstehung der letzteren völlig kongruent. Beide Verpflichtungen gehen auf dieselbe Leistung und sind denselben Haftungsverschärfungen und -milderungen unterworfen. Dies gilt aber nur für die Hauptschuld, nicht für die an ihr bestehenden Nebenrechte. Diese gehen grundsätzlich ihre eigenen Wege, sodaß z. B. eine zwischen Urschuldner und Gläubiger vereinbarte Vertragsstrafe nicht ohne weiteres den Übernehmer trifft.

Mit der erfolgten Befriedigung von seiten des Urschuldners oder des Übernehmers ist das Schuldverhältnis für beide erloschen, wobei der Erfüllung in Ansehung der Gesamtwirkung gleichstehen Leistung an Erfüllungsstatt, Hinterlegung und Aufrechnung, wenn sie von demjenigen Schuldner ausgehen, in dessen Person die Voraussetzungen für diese Erfüllungssurrogate gegeben sind. Ebenso befreit der vom Gläubiger mit einem der beiden Schuldner vereinbarte Erlaß — falls er nicht nur die Entlassung des Vertragsgegners aus dem Schuldverhältnis bezweckt — alle Schuldner und kommt der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Schuldner auch dem anderen zugute. Alle sonstigen schuldrechtlich relevanten Tatsachen dagegen, wie insbesondere Kündigung, schuldnerische Nichterfüllung, Verjährung und Rechtskraft des Urteils wirken, soweit sich nicht aus den Besonderheiten des konkreten Schuldverhältnisses etwas anderes ergibt, „nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten."

Aus der Gesamtschuldnerstellung des Übernehmers bei der k. Schuldübernahme folgt schließlich, daß er nicht subsidiär, sondern von vornherein haftet. Dem Belieben des Gläubigers ist es anheimgestellt, welchen Schuldner er zuerst belangen will.

Des weiteren ist der Vertragscharakter des Übernahmevertrages bei der k. Schuldübernahme einer Untersuchung zu unterziehen, besonders zunächst hinsichtlich der Frage, ob ein einseitiger oder zweiseitiger Vertrag vorliegt. Es gibt nämlich Schuldverträge, die auf der einen Seite nur Berechtigungen, also auf der anderen Seite nur Verpflichtungen entstehen lassen. Man nennt sie einseitige Schuldverträge. Sodann gibt es Schuldverträge, die möglicherweise auf jeder Seite Rechte und Pflichten erzeugen, man spricht hier von unvollkommenen zweiseitigen Verträgen. Endlich gibt es Schuldverträge, die ihrer Natur nach notwendigerweise auf beiden Seiten Rechte und Pflichten

begründen und zwar Rechte und Pflichten, die einander bedingen, wo also die eine Pflicht um der gegnerischen willen übernommen wird, wo jeder Teil sich zum Schuldner macht, um gleichzeitig Gläubiger zu werden. Für dieses finale Reziprozitätsverhältnis, in dem hier Leistung und Gegenleistung steht, verwendet man den Ausdruck vollkommen zweiseitige oder gegenseitige Verträge. Bei der k. Schuldübernahme wird nun eine solche entsprechende Verpflichtung weder bei dem Gläubiger noch beim Urschuldner zu entdecken sein. Denn Gläubiger und Urschuldner werden hier an sich zu nichts verpflichtet. Die Tatsache, daß für den Fall der Ausgleichspflicht infolge der Leistung des Mitübernehmers die Forderung des Gläubigers kraft Gesetzes auf den Leistenden übergeht (§ 426 BGB) [1]), bildet keinen Gegengrund. Ein Übergang kraft Gesetzes ist keine Leistung kraft Vertrages. Auch die Analogie der privativen Schuldübernahme vermag ein abweichendes Ergebnis nicht zu begründen. Denn es ist durchaus falsch, die Befreiung des Urschuldners als eine schuldgeschäftliche Gegenleistung des Gläubigers anzusehen [2]). Die Befreiung des alten Schuldners ist keine Gegenleistung, sodaß der Gläubiger sie zu bewirken verpflichtet wäre, sondern ein zur Vollwirkung erforderlicher Teil des einheitlichen Übernahmegeschäftes selbst. Zugegeben kann lediglich werden, daß ebenso wie die Bürgschaft und die privative Schuldübernahme auch die Mitübernahme im Rahmen eines zweiseitigen Vertrages abgeschlossen werden kann [3]). Vor einer Verwechslung aber der Tatsache, daß die Mitübernahme Bestandteil eines gegenseitigen Vertrages sein kann, damit daß sie alsdann selbst ein gegenseitiger Vertrag sei, muß man auf der Hut sein. Sie bleibt vielmehr ein einseitiger Schuldeintritt des Übernehmers, der Vertragsgegner mag ihm bieten, was er will.

Weiterhin ist zu untersuchen, ob der Übernehmevertrag bei der k. Schuldübernahme ein abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft sei.

Bei einer Vermögenszuwendung, gleichgültig ob sie sich als Verfügungs- oder Verpflichtungsgeschäft darstellt, kommen auf Seiten des Zuwendenden sehr verschiedene Zweckvorstellungen in Betracht. So kann sich einmal die Zweckvorstellung des Zuwendenden auf die Vornahme des

---

[1]) So Martinius Gruchot Bd. 49, S. 190.
[2]) So RG 51, 120, so Martinius a. a. O. S. 209, Hellbach im Recht 1903 S. 335. OLG Hamburg Seuff. Arch. S. 62 Nr. 178.
[3]) Vgl. OLG Dresden, Sächs. Arch. 13, 95.

Zuwendungsaktes als solchen richten. Sie betrifft dann den unmittelbaren juristischen Zweck, den der Zuwendende im Moment der Geschäftsbegründung verfolgt: Er will z. B. Eigentum übertragen, ein Schuldversprechen abgeben. Dementgegengesetzt sind die entfernteren wirtschaftlichen Zwecke, die der Zuwendende im Auge hat und die in der Befriedigung von eigenen oder fremden Bedürfnissen oder Interessen bestehen: Er will z. B. jemanden eine Freude machen, er will einem helfen. Zwischen diesen beiden Gruppen von Zweckvorstellungen liegt noch eine dritte. Jede Zuwendung soll nämlich außer der unmittelbaren noch eine mittelbare rechtliche Wirkung erzeugen und wurzelt darum noch in einem weiteren juristischen Beweggrund, der weder mit dem erstgedachten Geschäftswillen, noch mit jenen außerhalb des Zuwendungsgeschäfts sich bewegenden Hoffnungen und Wünschen identisch ist. Der Zuwendende beabsichtigt mit der Zuwendung eine ihm obliegende Rechtspflicht zu erfüllen, ein Forderungsrecht zu erwerben, eine Schenkung zu machen oder eine Sicherheit zu leisten, oder einen anderen derartigen Rechtseffekt zu erzielen. Dieser mittelbar rechtliche Zweck hat den technischen Namen Rechtsgrund oder causa der Zuwendung. Nach den Gesetzen der Psychologie und der Jurisprudenz muß jedes Rechtsgeschäft von solch einer causa begleitet sein. Diejenige Verpflichtung nun, die ihre causa, ihren Rechtsgrund zu erkennen gibt und somit eine rechtliche Beurteilung derselben gestattet, nennt die Doktrin kausal. Das kausale Rechtsgeschäft nimmt also seinen Rechtsgrund als notwendigen Teil des Geschäftsinhalts in sich auf, der kausale Vertrag enthält also sowohl Leistungsversprechen als auch die Feststellung des dadurch zu erreichenden Zwecks. Daraus, daß die Kausalvereinbarung einen Teil des Vertrages bildet, folgt alsdann die Abhängigkeit des kausalen Vertrages von der Gültigkeit der kausalen Vereinbarung.

Beim abstrakten Rechtsgeschäft ist dagegen das Leistungsversprechen von der causa bewußtermaßen losgelöst. Es entbehrt nicht der causa, aber es trennt sich von ihr, spricht sie nicht aus. „Das wesentlichste Merkmal eines abstrakten Schuldversprechens ist die Loslösung des Versprechens von seinem an sich immer und notwendig vorhandenem Zweck und Grund, die gewollte Unterdrückung des eigentlichen Verpflichtungsgrundes der causa“ [1]). Der abstrakte Vertrag enthält also das Leistungsversprechen und dessen Annahme und ist um dessentwillen von der

[1]) Seuff. Arch. 61, Nr. 244.

causa unabhängig, weil sie bewußt und gewollt aus dem Vertrage ausgeschieden ist.

Vor der Anwendung dieser Ausführungen auf die k. Schuldübernahme ist noch einmal zu betonen, daß hier nur der Verpflichtungsvertrag zwecks Begründung einer k. Schuldübernahme in Betracht kommt. Zwischen dem Verpflichtungsvertrage und dem in seiner Folge entstehenden Gesamtschuldverhältnis besteht eine scharfe Trennung. Vor allem ist es ausgeschlossen, daß Eigenschaften des Begründungsvertrages in dem Gesamtschuldverhältnis fortwirken, denn eine Voraussetzung der Entstehung dieses Gesamtschuldverhältnisses ist die Erfüllung des Verpflichtungsvertrages, was aber, wie früher gezeigt, sein Erlöschen zur Folge hat. Die Natur der übernommenen Schuld richtet sich also einzig und allein nach der Natur der ihr zugrunde liegenden Urschuld. Der Verpflichtungsvertrag bei der k. Schuldübernahme ist nun, als Interzessionsart unter allen Umständen zu den kausalen Verträgen zu rechnen. Allein aus dem Gedanken heraus, daß dieser Vertrag ein unselbständiges Schuldgeschäft, ein Schuldbeziehungsgeschäft ist, rechtfertigt sich dieser Standpunkt. Ein Schuldgeschäft von der Art wie der Mitübernahmevertrag kann nicht gedacht, nicht verständlich gemacht werden, ohne Bezugnahme auf ein anderes schon bestehendes oder ein als künftig bestehend vorausgesetztes Schuldverhältnis. Durch den offensichtlichen Hinweis auf die anderweite Schuld, in deren Interesse der Übernahmevertrag eingegangen ist, gibt der Verpflichtungsvertrag seinen Schuldgrund zu erkennen. Der Mitübernehmer verpflichtet sich, eine Schuld zu übernehmen, um einen bislang fremden Obligationszweck zu fördern. Auf die Tatsache, daß der Verpflichtungsvertrag bei der k. Schuldübernahme kausal ist, ist es ohne jede Einwirkung, ob die Urschuld abstrakt oder kausal ist. Wohl verpflichtet sich der Übernehmer einer abstrakten Schuld auf Grund jenes abstrakten Schuldversprechens zum Schulden. Dadurch wird seine Mitübernahmeerklärung jedoch nicht selbst abstrakt. In dem er auf jenen abstrakten Vertrag Bezug nimmt, stellt er vielmehr die causa seiner Verpflichtung fest.

Nach unseren bisherigen Feststellungen haben wir gesehen, daß die k. Schuldübernahme als selbständiges rechtliches Gebilde aufzufassen ist und sich mit der privativen Schuldübernahme in einen einheitlichen Begriff zusammenfassen läßt. Es entsteht nun die Frage, welcher Art der Schuldübernahme für den Fall ungenauer Parteierklärungen der Vorzug zu geben sei. Für diese Fälle, in denen es

also zweifelhaft ist, ob privative oder kumulative Schuldübernahme von den Parteien gewollt ist, hat die Wissenschaft mangels gesetzlicher Auslegungsregeln Vermutungen aufgestellt. So haben sich viele Schriftsteller, wie z. B. Windscheid [1]), Dernburg [2]), v. Tuhr [3]) im Zweifel für privative Schuldübernahme ausgesprochen. Auf entgegengesetztem Standpunkt stehen Stammler (S. 200), Matthias (S. 414), Hellwig (Verträge S. 179), Brattig (S. 4/5), Wolf (S. 28). Sie entscheiden sich deswegen im Zweifel für kumulative Schuldübernahme, weil in diesem Falle die Rechtslage für den Gläubiger wie für den Übernehmer der Schuld weitaus günstiger sei, und somit bei beiden auf einen kumulativen Interzessionswillen geschlossen werden darf. Daß der Gläubiger bei der k. Schuldübernahme besser dasteht ist zweifelsohne, denn er bekommt durch sie noch einen zweiten Schuldner. Sein Wille wird mithin eher für als gegen die k. Schuldübernahme sein, denn naturgemäß sind ihm zwei Schuldner lieber als einer. Bestritten wird von der gegnerischen Seite nur der im Zweifel zu vermutende kumulative Interzessionswille des Übernehmers. So führt von Blume [4]) aus: „In Wahrheit wird damit" (d. h. mit dem k. Interzessionswillen) „dem Gegner viel zu viel zugemutet. Nimmt jemand eine fremde Schuld auf sich, so will er sich entweder verbürgen — dann wird er es schon deutlich genug sagen, da der Begriff der Bürgschaft durchaus geläufig ist — oder aber er will den Schuldner befreien. Dann würde aber der Eintritt einer kumulativen Haftung seinen Absichten zuwiderlaufen; er würde Schuldner, ohne für den Schuldner etwas zu erreichen. Die nachträgliche Begründung einer Gesamtschuld kann für den Übernehmer nur in Ausnahmefällen einen Zweck haben, da sie nur dem Gläubiger Nutzen bringt. Und so kann also die Auslegungsregel nur lauten: Im Zweifel für befreiende Schuldübernahme." Diese Ansicht ist als verfehlt abzulehnen. Denn vom Standpunkt des Interzedenten aus wird eher die bestärkende als die befreiende Schuldübernahme gewollt erscheinen. Wenn sich ein Interzedent dem Gläubiger für die Erfüllung einer fremden Schuld in verbindlicher Weise anbietet, so wird er so beschränkt wie möglich schulden wollen. Diese Absicht erreicht er aber eher, wenn er Mitschuldner wird, als wenn er sich als Alleinschuldner verpflichtet, denn als

---

[1]) Kritische Überschau Bd. 1 S. 39.
[2]) Lehrbuch Bd. 1 S. 147.
[3]) Kritische Vierteljahresschrift Bd. 43 S. 560.
[4]) Iher. Jahrb. Bd. 39 S. 427.

solcher hat er nicht mehr Aussicht durch fremde Leistung jemals von seiner Verpflichtung befreit zu werden, während im Falle einer Mitschuldnerschaft diese verbleibt. Als die herrschende Ansicht [1]) ist daher auch festzustellen, daß aus der Annahme eines neuen Schuldners nicht notwendig eine neue Schuldübernahme im Sinne von § 414, 415 BGB zu folgern sei, sondern daß dazu noch der dem Übernehmer gegenüber klarerkennbare Wille des Gläubigers gehöre, seinem Urschuldner auch wirklich aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis zu entlassen. Deshalb sagt Reichel [2]), m. E. mit Recht: „Unterläßt es also der Übernehmer in seiner Übernahmeofferte, die sofortige Schuldentlassung des Urschuldners ausdrücklich auszubedingen, so ist gegen ihn und zugunsten des Gläubigers zu unterstellen, daß der Urschuldner nicht befreit sein soll". Wir kommen daher zu dem Schluß, daß im Zweifel und bei mangelnder Willenskundgebung der Parteien keine befreiende Schuldübernahme anzunehmen ist, sodaß die Auslegungsregel nur lauten kann: Im Zweifel kumulativer Schuldübernahme.

Haben wir nun den Rechtscharakter der k. Schuldübernahme festgestellt, so gilt es nun das Gleiche bezüglich der Bürgschaft zu tun. § 765 BGB bestimmt: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten einzustehen. Was heißt es nun, der Bürge will für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines Dritten „einstehen". Wir werden diese Frage am besten beantworten, wenn wir von dem Zweck des Rechtsinstituts der Bürgschaft ausgehen. Denn der „Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts" [3]), und jedes einzelne Rechtsinstitut ist dem Dienste eines besonderen Zwecks bestimmt. Der Zweck der Bürgschaft ist, der Sicherung eines bestehenden Anspruchs zu dienen. Der Bürge soll den Gläubiger für den Fall sichern, daß der Schuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, soll ihn sichern gegen den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden. Diese Verpflichtung des Bürgen ist nun denkbar entweder in der Weise, daß er sein Vermögen nur haftbar macht oder so, daß die Haftung des Vermögens wie bei anderen Schuldverhältnissen die Folge einer eigenen Schuld ist. Kürzer können wir dies dahin aus-

---

[1]) J. W. 1910, 28, 414; J. W. 1919, 237. Staudinger Nachtr. S. 113. Warneyer S. 712. Regelsberger I. S. 467 u. a. m.
[2]) Reichel a. a. O. S. 250.
[3]) Ihering, Zweck im Recht.

drücken: Erzeugt die Bürgschaftsverpflichtung ein neues Schuldverhältnis oder eine weitere Haftung? Die praktische Bedeutung dieser Frage, ob der Bürge Schuldner oder bloß Haftender ist, liegt darin, daß man im Falle bloßer Haftung gewisse Vorschriften, wie sie über die Schuld gegeben sind, bei der Bürgenpflicht nicht anzuwenden gewillt sein kann. Man denke an die Vorschriften über Teilleistungen. Leistungsort, Leistungszeit, Verzugsfolgen und ähnliches. Diese Konsequenzen mögen übertrieben erscheinen, doch man bedenke folgenden Fall. Der Gläubiger einer verbürgten Schuld erklärt dem Hauptschuldner — in Abwesenheit des Bürgen, — daß er auf die Bürgschaft verzichte. Für die Frage, ob durch diese Erklärung die Schuld erloschen ist, wird es sicherlich von Bedeutung sein, ob wir den Bürgen als Schuldner oder als bloß Haftenden betrachten. Stellt sich die Bindung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger als richtige Schuld dar, dann könnte sie nur ein Erlaßvertrag mit dem Bürgen aufheben. Ist sie dagegen nur eine bloße Haftung so wird für die Aufhebung dieser Zugriffsmöglichkeit ähnliches gelten, wie etwa beim Mobiliarpfand, (§ 1255 BGB) d. h. die Aufhebung des Zugriffsrechts gegen den Bürgen müßte durch einseitige Erklärung gegenüber dem Bürgen und gegenüber dem Hauptschuldner erfolgen können.

Daß die begriffliche Trennung von Schuld und Haftung im Obligationenrecht unseres Bürgerlichen Gesetzbuches möglich ist, ist bereits dargelegt worden. Es hatte sich gezeigt, daß im Obligationenrecht wohl eine Schuld ohne Haftung, nicht aber eine Haftung ohne Schuld möglich ist, jedenfalls nicht in dem Sinne, als ob hier eine Haftung ohne Schuld als Selbstzweck bestände. Die Haftung kann vielmehr nur im Hinblick auf eine Schuld begründet sein. Diese ist das Wofür der Haftung. Hier ist nun aber die oft erörterte Frage zu untersuchen, ob vielleicht beim Bürgen eine Haftung ohne eigene Schuld vorliegt.

Im römischen Recht ergab sich aus dem Bürgschaftsversprechen auch die Bürgschaftsschuld. Im deutschen Recht war der Bürgschaftsritus danach nicht angetan. Der Bürge war Haftungsobjekt. Durch seine Gestellung befreite sich der Schuldner vom gläubigerischen Zugriff und der Bürge hatte entweder beim Schuldner auf Befriedigung des Gläubigers hinzuwirken oder seinerseits die Haftungsfolgen zu tragen, vorausgesetzt, daß er es nicht vorzog, den Gläubiger von sich aus zu befriedigen und sich beim Schuldner schadlos zu halten. Die Umgestaltung des Bürgschaftsrechtes durch die Theorie des rezipierten römischen

Rechts, sowie durch das fortschreitende tatsächliche Zusammenwachsen von Schuld und Haftung hat dahin geführt, daß die Bürgschaft aus dem Gebiet handgreiflicher Haftungsverhältnisse allmählich in das der eigentlich schuldrechtlichen Beziehungen hinübergenommen wurde. Der Bürge wurde ein Gewährsmann, der nicht nur für die Hauptverbindlichkeit haftete, sondern den auch ein Leistensollen traf.

Erscheint nun begrifflich und gedankenmäßig die Schuld als die Grundlage, zu deren Verstärkung, Deckung und Sicherung die Haftung hinzutritt, so kann dennoch im Verkehrsleben die Haftung als das Wichtigere in den Vordergrund treten. Hierbei wird die Haftung keineswegs das Ursprüngliche und die Vorstellung von der Schuld etwa nur ihre Reflexwirkung, vielmehr ist in solchen Fällen die Haftung nur das Moment, aus dem man de lege lata das Vorliegen einer Schuld erkennt. So verhält es sich auch bei der Bürgschaft. Daß hier nicht nur eine Haftung vorliegt, zeigt, daß z. B. eine Nachbürgschaft bestellt werden kann. Hierbei verpflichtet sich ein Dritter, dem Gläubiger dafür einzustehen, daß der Bürge seine Bürgenpflicht nicht erfüllt. Der Nachbürge steht also für den Bürgen ein. Wäre Bürgschaft ein bloßes Haftungsverhältnis, so würde hier eine Haftung für eine Haftung begründet werden. Da aber eine Haftung ohne eine Beziehung auf eine Schuld im Obligationenrecht nicht denkbar ist, die rechtliche Zulässigkeit einer Nachbürgschaft aber nie in Zweifel gezogen wird, so ergibt sich hieraus, daß die Stellung des Bürgen eine Schuldnerstellung ist. Ferner ist zu erwägen, daß die Haftung, abgesehen von ihrer psychologischen Bedeutung den Zweck hat, ein wirtschaftliches Äquivalent zu schaffen für den Fall des Ausbleibens der Schulderfüllung. Nun kann aber der Gläubiger den Bürgen auch in Anspruch nehmen, ohne vorher den Schuldner belangt zu haben. Die Einrede der Vorausklage gibt dem Bürgen nur die Möglichkeit, sich durch ihre Geltendmachung der Inanspruchnahme durch den Gläubiger zu entziehen, negiert aber nicht etwa von vornherein das Recht des Gläubigers, den Bürgen vor dem Gläubiger in Anspruch zu nehmen. Zudem besteht diese Einrede nicht bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft. Hier müßte also mit Rücksicht auf das eben Gesagte eine Schuld vorhanden sein. Man wird aber wiederum der Einrede der Vorausklage nicht die Bedeutung beimessen, daß sie begriffsbestimmend für das Wesen der Bürgschaft ist, wenn sie vorhanden ist. Auch hieraus ergibt sich also, daß der Bürge schuldet und nicht

nur haftet. Und zwar ist die Bürgschaftsschuld in ihrem Inhalt schon vom Augenblick der Bürgschaftsübernahme an vorhanden und auch ist sie in den Fällen, in dem das Gesetz dem Bürgen die Einrede der Vorausklage gibt, keine bedingte Schuld. Die Ansicht, daß die Bürgschaft ein Schuldverhältnis ist, ist heute herrschende Meinung. Nur darf man die gegenteilige Ansicht nicht mit der Begründung ablehnen, daß im heutigen Rechte die Möglichkeit zwischen Schuld und Haftung zu unterscheiden, nicht vorhanden sei.

Hinsichtlich der Frage nach dem Inhalt der Bürgenverpflichtung, also nach dem was der Gläubiger auf Grund der Bürgschaft vom Bürgen verlangen kann, scheint das Nächstliegende zu sein, daß das Wofür der Haftung des Bürgen mit der vom Schuldner zu bewirkenden Leistung identisch sei. Jedoch kann diese scheinbar naheliegende Folgerung keinen Anspruch auf allgemeine Geltung machen, obschon sie in zahlreichen Fällen zutrifft. Denn es ist zulässig, von einer Haftung für einen Erfolg auch dort zu sprechen, wo der Haftende zu dessen Herstellung nicht in der Lage ist.

Notwendige Voraussetzung einer Bürgschaft ist eine Hauptverbindlichkeit, Gegenstand einer schuldrechtlichen Verbindlichkeit kann nach § 241 BGB ein Leisten, d. h. ein positives Tun oder Unterlassen sein. Für dieses Leisten aus der Hauptverbindlichkeit hat der Bürge einzustehen. Das will nach dem Sprachgebrauch besagen, daß der Bürge für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit Sorge zu tragen hat. Der Bürge haftet nicht schlechthin dafür, daß die Hauptverbindlichkeit überhaupt erfüllt werde, sondern nur dafür, daß der Schuldner sie erfüllt [1]). M. a. W., er steht nicht für objektive Erfüllung schlechthin ein, sondern nur für subjektive Erfüllung durch den Hauptschuldner. Der Bürge tritt sonach zwar für die Hauptschuld, aber nicht in die Hauptschuld ein [2]). Der Bürge übernimmt nicht die fremde Schuld als eigene, sondern es wird eine neue Schuld in seiner Person geschaffen, auf Grund deren er für die Leistung der Verbindlichkeit des Schuldners haftet. Diese Erkenntnis bedeutet, daß der Inhalt der Bürgenschuld von dem der Hauptschuld verschieden ist. Wenn diese Tatsache verschiedentlich verkannt wird [3]), so hat dies wohl seinen Grund darin, daß im täglichen Leben die Verbürgung für

[1]) Westerkamp S. 158, Brattig S. 27/28.
[2]) Hellwig, Verträge S. 177.
[3]) So Kremer S. 8/13; scheinbar auch Crome Bd. 2 S. 864.

vertretbares Tun, insbesondere für Geldschulden der Regelfall ist. Hier erscheint die Leistung des Bürgen äußerlich mit der des Hauptschuldners identisch zu sein. Man muß jedoch bedenken, daß die Bürgschaft für jede im Bürgerlichen Gesetzbuch mögliche Verbindlichkeit erfolgen kann, denn § 765 macht die Zulässigkeit der Bürgschaftsübernahme nicht von einem bestimmten Inhalt der Verbindlichkeit abhängig, gestattet sie also für jede rechtliche Verbindlichkeit. Einstehen für fremde Schuld, setzt also keineswegs die Fähigkeit voraus, die Schuld selbst erfüllen zu können. Das Einstehen des Bürgen kann daher nicht die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit sein. Die Verschiedenheit von Haupt- und Bürgenschuld zeigt sich auch darin, daß durch Leistung des Bürgen die Hauptforderung nicht erlischt, sondern auf ihn übergeht (§ 774 BGB) während sie doch durch Erfüllung notwendig erlöschen müßte (§ 362 BGB). Die Leistung des Bürgen ist zwar Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung, die damit in der Tat erlischt, aber nicht Erfüllung der Hauptschuld. Aus dem doppelten Zweck der Leistung des Bürgen, nämlich sowohl zur Erfüllung der Bürgenschuld, wie zum Erwerbe der Hauptschuld zu dienen, ergibt sich somit gleichzeitig die inhaltliche Verschiedenheit der Schuld des Bürgen und der des Hauptschuldners. Mit der Verschiedenheit des Schuldinhalts ist zugleich die Verschiedenheit des Schuldgrundes dargetan, denn nur bei Verschiedenheit der Ursache kann auch eine Verschiedenheit der Wirkungen vorliegen. Sind die Ursachen gleich, so müssen es auch die Wirkungen sein. Hätten also Hauptschuld und Bürgschaftsschuld den gleichen Schuldgrund, so müßte der Leistungsinhalt der Hauptschuld mit dem der Bürgenschuld identisch sein. Daß dem nicht so ist, ist oben dargelegt worden. Infolgedessen sind auch verschiedene Schuldgründe vorhanden. Der Hauptschuldner schuldet aus dem zugrunde liegenden Schuldverhältnis, z. B. als Kaufgeldschuldner. Der Bürge tritt in dieses Kaufgeldschuldverhältnis nicht ein, er schuldet etwas gänzlich anderes als der Hauptschuldner. Seine Schuld gründet sich auf den Bürgschaftsvertrag. Dafür daß die Bürgschaft einen besonders gearteten Schuldgrund hat, spricht übrigens auch die Stellung, die die Bürgschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch erhalten hat. Sie wird im besonderen Teil der Schuldverhältnisse geregelt.

Keine Widerlegung der Ansicht von der Verschiedenheit des Schuldgrundes ist die gleich zu besprechende Akzessorität der Bürgenschuld, denn selbst beim dinglichen Pfande hängt das Ob und Womit vom Bestande der ver-

sicherten Schuld ab. Man wird aber schwerlich sagen können, daß die Pfandbestellung auf demselben Grunde beruhe, wie die Begründung der zu sichernden Schuld. Die Akzessorität der Bürgenschuld involviert weder deren Gleichinhaltlichkeit, noch deren Gleichgründigkeit im Verhältnis zur Hauptschuld" [1]).

Durch die Bürgschaft erlangt der Gläubiger nicht ein neues selbständiges Vermögensrecht, sondern nur ein seine Forderung verstärkendes Nebenrecht. Das Bürgerliche Gesetzbuch betrachtet den Bürgen als Nebenschuldner indem es den Verbürgten „Hauptschuldner" nennt. Wenn wir die Schuld des Bürgen als Nebenschuld bezeichnen, so ist hierbei aber wohl zu beachten, daß wir diese Bezeichnung nur unter dem Gesichtspunkte des Verhältnisses der verbürgten Schuld zur Bürgenschuld und vom Standpunkt des Gläubigers anwenden können. Vom Standpunkt des Bürgen ist seine Schuld nicht als Nebenschuld anzusehen, denn er hat keine von dieser „Nebenverpflichtung" verschiedene Hauptverpflichtung. Also nur unter Berücksichtigung des Gesagten ist der Ausdruck Nebenschuld für die Bürgschaftsschuld berechtigt. Diese Nebenschuld ist von der Hauptschuld abhängig. Sie folgt ihrem rechtlichen Schicksal und kann regelmäßig nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Kräfte des Hauptschuldners nicht ausreichen. Zwei Momente charakterisieren also die Nebenschuldnerschaft des Bürgen: Die Akzessorietät und die Subsidiarität.

Akzessorietät eines Schuldverhältnisses bedeutet also, daß dieses Schuldverhältnis neben der Hauptverbindlichkeit infolge der Zweckgebundenheit unselbständig einherläuft und daher aus diesem seine jeweilige Gestaltung nimmt. Der akzessorische Charakter der Bürgschaft ist in den §§ 767, 168 BGB geregelt. Nach § 767 wirkt grundsätzlich jede rechtgeschäftlich wie gesetzlich verursachte Verringerung der Hauptschuld auf die Bürgenschuld ein. Akzessorietät der Bürgenschuld bedeutet: „Sowohl das Ob als das Wann und Wieviel der Bürgenschuld ist schlechterdings und fortgesetzt vom Bestand und Umfang der Hauptverbindlichkeit abhängig und folgt dieser, wie dem Körper sein Schatten" [2]). Aus der Akzessorietät folgt also einmal, daß die Verpflichtung des Bürgen von dem rechtlichen Bestande der Hauptschuld abhängig ist. Beruht also die Hauptschuld auf einem nichtigen Vertrage, so ist auch die Bürgschaft nichtig; wird der Vertrag durch Anfechtung

[1]) Reichel S. 80.
[2]) Reichel a. a. O. S. 84.

oder Vereitelung der Bedingung, unter der er eingegangen war, entkräftet, so wird dadurch auch die Bürgschaft unwirksam; steht dem Anspruch des Gläubigers eine Einrede entgegen, so kann sich ihrer auch der Bürge bedienen, auch wenn der Hauptschuldner nach Eintritt des Bürgen auf sie verzichtet; kann aber der Hauptschuldner aufrechnen, so kann der Bürge auf diese Befugnis nur eine dilatorische Einrede begründen. Aus der Akzessorietät folgt zum andern, daß die Verpflichtung des Bürgen auch ihrem Umfange nach von der Verbindlichkeit der Hauptschuld abhängig ist. Ändert sich durch Verzug oder Verschulden die Hauptschuld, so ändert sich auch die Bürgschaftsschuld. Dagegen kann der Schuldner nicht durch ein Rechtsgeschäft die Verpflichtung des Bürgen erweitern. „Das zweite charakteristische Merkmal der Bürgschaft ist die grundsätzliche Subsidiarität der Bürgenschuld. Sie ist darin zu erblicken, daß der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange dieser nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Diese Reservestellung kann der Bürge mit der Einrede der Vorausklage geltend machen. Die Subsidiarität der Bürgenhaftung geht so gut wie völlig verloren [1]), wenn der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat oder wenn sie ihm von Gesetzes wegen versagt ist. Doch wird in den meisten Fällen dem Bürgen die Reservestellung wenigstens tatsächlich gewahrt werden. Der Gedanke an die prinzipelle subsidiare Natur der Bürgenhaftung wirkt trotz des Verzichtes auf die Einrede der Vorausklage tatsächlich nach und nimmt eine gewisse moralische Beachtung für sich in Anspruch" [2]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Schuld des Bürgen mit der des Hauptschuldners nie in einem Gesamtschuldverhältnis stehen kann. Bei der Gesamtschuld in ihrer normalen Erscheinungsform stehen die mehreren Schuldverbindlichkeiten einander koordiniert gegenüber, und es ist darum die Existenz der einen Schuldverpflichtung keineswegs begriffliche Voraussetzung für den Bestand der anderen. Die Bürgschaft dagegen setzt einer Hauptverpflichtung eine Nebenverpflichtung an die Seite und diese sekundäre Schuld kann nicht ohne Vorhandensein der primären begründet werden. Bei der Gesamtschuld hat keiner für den anderen einzustehen, jeder ist auch dann ver-

[1]) Ein Rest der Subsidiarität bleibt aber doch bestehen. Man beachte in dieser Hinsicht z. B. den Befreiungsanspruch aus § 775 BGB.

[2]) Martinius, Gruchot Bd. 49 S. 186.

pflichet, wenn seiner Erwartung oder seinem Willen zuwider der andere, z. B. weil er geschäftsunfähig ist, überhaupt nicht verpflichtet wird. Das Einstehen für fremde Schuld und damit eine Bürgschaft ist nur möglich, wenn eine fremde Schuld besteht. Zudem wäre auch die Bestimmung des § 769 BGB, daß mehrere Bürgen als Gesamtschuldner haften, überflüssig, wenn eine solche Haftung schon zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestände. Auch fehlt es an der für das Vorhandensein eines Gesamtschuldverhältnisses notwendigen Zweckgemeinschaft zwischen Hauptschuldner und Bürgen. Wird der Bürge in Anspruch genommen, so schuldet er seine Leistung — sollte sie auch zufällig mit der des Hauptschuldners identisch sein — lediglich unter dem Gesichtspunkte des Aufkommens für die Folge des Unterbleibens der Leistung des Hauptschuldners. Der Zweck der Bürgschaftleistung ist mit dem der Hauptschuldnerleistung nicht identisch. Der Zweck der Leistung des Hauptschuldners ist z. B. die Zahlung als solche, Zweck der Leistung des Bürgen dagegen das Wiedergutmachen des Nichterfolgens der Leistung.

Trotzdem wird vereinzelt [1]) angenommen, daß die Bürgenschuld mit der Hauptschuld ein Gesamtschuldverhältnis bilde. Die beiden Stützpunkte für die gesamtschuldnerische Auffassung der Bürgen- und Hauptschuld bilden die §§ 766 S. 2 und 773 Ziff. 1 BGB. In § 776, 2 heißt es: „soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt . . ." Diese Fassung wird jedoch im Hinblick auf § 774 BGB als eine ungenaue Ausdrucksweise des Gesetzes aufzufassen sein, denn „wollte man sagen, der Bürge erfülle die Hauptverbindlichkeit, so müßte man ihn, da er ja als Bürge nicht geleistet hat, den Bürgenregreß nach § 774 versagen" [2]). Demselben Einwurf der ungenauen Wortfassung unterliegt der § 773 Ziff. 1 BGB, wenn es dort heißt: „Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen, wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet hat, insbesondere, wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat". Mit Recht bemerkt Salinger [3]), daß der Gesetzgeber statt „als Selbstschuldner" besser und richtiger „wie ein Selbstschuldner" hätte formulieren sollen. Die beiden angeführten Paragraphen erweisen sich somit nicht als stichhaltig genug, um die oben vertretene Ansicht von dem Nichtvorhandensein einer Gesamtschuld bezüglich der Verpflichtung des Bürgen und des Hauptschuldners zu widerlegen.

---

[1]) Endemann § 191, Kuhlenbeck S. 331 § 49.
[2]) Reichel a. a. O. S. 77; Komm. v. Reichsg. R. § 765 Anm. 5.
[3]) a. a. O. S. 82.

Faßt man die aus der Untersuchung über den Rechtscharakter der Bürgschaft und der k. Schuldübernahme gewonnenen Erkenntnisse zusammen, so ergibt sich folgendes unterschiedliche Bild:

Bürgschaft und k. Schuldübernahme unterscheiden sich einmal durch die Verschiedenheit des Inhalts der versprochenen Leistung. Der Bürge verspricht für die Erfüllung der Hauptschuld einzustehen, d. h. er verspricht Aufkommen mit seinem eigenen Vermögen für den Fall, daß der Hauptschuldner nicht leisten will oder kann. Seine Leistung erschöpft sich in dem Einstehen für fremde Schuld, die ihm nach wie vor fremd bleibt. Der kumulative Schuldübernehmer verspricht, die Schuld des Urschuldners als seine eigene anzusehen und daher neben diesem als Gesamtschuldner schulden zu wollen. Was den Rechtsgrund anlangt, ist die Bürgenschuld eine selbständige, denn der Bürge schuldet aus eigenem Schuldgrunde; die Schuld des kumulativen Schuldübernehmers ist dagegen eine unselbständige, denn er schuldet stets und notwendig aus dem gleichen Schuldgrunde wie der Urschuldner selbst.

Die k. Schuldübernahme unterscheidet sich sodann von der Bürgschaft auch durch den weiteren Zweck des Vertragsabkommens. Dem Bürgen liegt daran, den Gläubiger davor zu bewahren, daß ihm durch das Leistungsvermögen des Hauptschuldners irgendwelcher Schaden entsteht. Der kumulative Schuldübernehmer wird auch diesen Sicherungszweck im Augen haben, doch will er weiterhin die Urschuld von der Person des Urschuldners auf sich überleiten, um gleichgestellt an ihr teilzunehmen. Der Bürge will mithin nur Nebenschuldner, der Schuldübernehmer dagegen Hauptschuldner werden.

Bürgschaft und k. Schuldübernahme unterscheiden sich nicht nur hinsichtlich der Rechtsfolgen. Die Schuld des Bürgen ist ausnahmslos akzessorisch und in der Regel subsidiär. Die Schuld des kumulativen Schuldübernehmers dagegen ist zwar abhängig von der Urschuld aber grundsätzlich weder akzessorisch noch subsidiär.

Die obigen Ausführungen ergeben, daß zwischen der Bürgschaft und der k. Schuldübernahme sowohl hinsichtlich der juristischen Konstruktion wie auch hinsichtlich ihrer Rechtswirkungen tiefgreifende Unterschiede bestehen. Gemeinsam ist beiden Rechtsfiguren nur, daß sie beide eine Haftverstärkung für den Gläubiger erreichen. Bürgschaft und k. Schuldübernahme können also nicht reinlich genug voneinander geschieden werden. Mit dieser Erkenntnis ist

erreicht, was durch obige Erörterungen bewiesen werden sollte, daß nämlich die k. Schuldübernahme theoretisch wie praktisch durchaus von der Bürgschaft verschiedene Wege geht. Es ist somit die Ansicht derjenigen Schriftsteller abzulehnen, die die k. Schuldübernahme mehr oder minder in die Fesseln der Bürgschaft schlagen.

Es bleibt noch zu prüfen, wann im konkreten Fall bei Parteierklärungen zweifelhaften Inhalts bald Bürgschaft bald k. Schuldübernahme beanzeigt erscheint. Aus den von den Parteien gewählten Worten wird man auf das Vorliegen der einen oder anderen Vertragsart einen Schluß nicht ziehen können, denn einmal kennen die Parteien gewöhnlich die technischen Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht, zum anderen gibt es Ausdrücke, die nach der sprachlichen Bedeutung die Möglichkeit der Auslegung nach beiden Richtungen zulassen. Es wäre also verfehlt, an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haften zu bleiben, vielmehr muß der wirkliche dem Vertrag zugrundeliegende Wille der Parteien nach dem Grundsatze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erforscht werden. Es ist daher nach Merkmalen zu suchen, auf die eine solche Erforschung des Parteiwillens gegründet werden könnte. Verschiedene Schriftsteller haben sich nun dahin ausgesprochen, daß in Zweifelsfällen der k. Schuldübernahme der Vorrang vor der Bürgschaft gebühre. So führt Stammler [1]) aus: „Sollen die Normen über die Bürgschaft" (im Gegensatz zu denen über die Gesamtschuldverhältnisse) „Anwendung finden, so ist besondere Bezugnahme in dem Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend erforderlich". Als eifriger Vorkämpfer der Richtung: Im Zweifel nicht Bürgschaft sondern kumulative Schuldübernahme hat sich Stammler späterhin Westerkamp [2]) zugestellt. Die entgegengesetzte Richtung wird von Silbermann [3]), Goldmann-Lilienthal [4]) vertreten, die den Satz aufstellen, daß im Zweifel Bürgschaft und nicht k. Schuldübernahme vorliege. Derselben Ansicht ist auch Brattig [5]). Er begründet seine Stellungnahme damit, daß die k. Schuldübernahme in ihren Wirkungen in den meisten Punkten über die einer Bürgschaftsübernahme hinausgehen und „die rechtspolitische Richtung immer mehr zur Ausprägung des in dubio pro reo drängt". Die zuletzt gekennzeichnete Richtung vertritt

---

[1]) S. 204, Anm. 2.
[2]) a. a. O. S. 294, 299.
[3]) In Seuff. Bl. f. R. A.
[4]) § 122 Anm. 4.
[5]) S. 30.

auch das Reichsgericht. Es entscheidet sich im Zweifel für Bürgschaft und nur „wenn besondere Umstände" vorliegen, die den Willen der Parteien auf Begründung einer neben der des Hauptschuldners selbständig bestehenden, von dieser unabhängigen Verbindlichkeit deutlich ergeben, will es die k. Schuldübernahme als in deren Absicht liegend annehmen [1]). Was unter diesen besonderen Umständen zu verstehen ist, sagt es in derselben Entscheidung: „Besondere Umstände in diesem Sinne sind nämlich dann vorhanden, wenn die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis, auf dem die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners beruht, ganz oder zum Teil wirtschaftlich dem Eintretenden zugute kommen, oder wenn dieser jedenfalls an den Leistungen aus dem Hauptvertrage, sei es auf der einen oder anderen Seite ein Interesse hat.

Gewiß ist dieser letzteren Ansicht zuzugeben, daß bei Verträgen, bei denen der Vertragswille beim Vertragsabschluß nicht deutlich zum Ausdruck kommt, die Auslegung darauf abzustellen ist, daß derjenige Vertrag als abgeschlossen anzusehen ist, der der objektiven Interessenlage am meisten entspricht. Es handelt sich also zunächst darum, den Geschäftszweck der Bürgschaft, sowie den der k. Schuldübernahme festzustellen. Das Ergebnis dieser Untersuchung wird dann zur Lösung der Frage, welches Rechtsgeschäft als abgeschlossen anzusehen ist, führen.

Wie wir hervorgehoben haben, dient die Bürgschaft nach ihrem Wortsinn und dem Verkehrsgebrauch Sicherungszwecken. Der Gläubiger soll durch den Bürgen gesichert oder dem Schuldner soll Kredit verschafft werden. Zu einem dieser Zwecke wird die Haftung für fremde Schuld übernommen.

Anders dagegen ist der Geschäftszweck der k. Schuldübernahme. Freilich kann auch sie ausnahmsweise zu Sicherungszwecken abgeschlossen werden, regelmäßig aber tritt diese Rechtsfigur nur in Erscheinung, wenn eine Interessenverschiebung erfolgt ist, was man aus dem Vorgang, der sich bei Eingehung der k. Schuldübernahme abspielt, zu erkennen vermag. Es besteht hier zunächst nur ein Schuldverhältnis mit einem Träger der Schuld. In diesen Schuldverband tritt dann ein zweiter Schuldner mit derselben Rechtsaustattung wie der erste ein. Was ihn hierzu führt, wird gewöhnlich ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Erfüllung der Schuld, ein Eigeninteresse sein. Somit ist dem Reichsgericht zuzustimmen, wenn es als Merk-

[1]) RG 71, 113.

mal dafür, ob im Zweifelsfalle k. Schuldübernahme oder Bürgschaft vorhanden ist, das Eigeninteresse aufstellt. Nun wird aber Wienstein[1]) und Marck[2]) zuzugeben sein, daß ein eigenes Interesse in vielen Fällen auch den Anstoß zu einer Bürgschaft insbesondere zu einer selbstschuldnerischen geben wird. Zu einer praktischen Verwertung des Gesichtpunktes Eigeninteresse wird man jedoch dadurch kommen, indem man den Begriff schärfer umgrenzt und ihn auslegt als „unmittelbares sachliches und wirtschaftliches Interesse" an dem Rechtsgrunde der Urschuld. Dies hat denn auch das Reichsgericht getan, wenn es in Gruchot Bd. 54 S. 149 ausführt: „Aber nicht jedes Interesse genügt in dieser Beziehung; auch der Bürge wird regelmäßig ein solches haben. Es muß ein sachliches unmittelbares Interesse in dem Maße vorliegen, daß angenommen werden kann, der Erklärende würde, wenn eine Verpflichtung zu dieser Leistung nicht oder noch nicht bestehen sollte, den Vertrag selbst abgeschlossen haben" [3]). Dieses vom Reichsgericht entwickelte Abgrenzungsmerkmal gibt eine praktische und ziemlich sichere Abgrenzung von Bürgschaft und k. Schuldübernahme.

Der Streit um Bürgschaft und k. Schuldübernahme knüpfte lange Zeit stets an die Frage der Formbedürftigkeit der k. Schuldübernahme an, sodaß diese Frage eine ihr wohl kaum zukommende Beachtung erfuhr. Nach unserer Ansicht kann die Formfrage mit Recht erst dann aufgeworfen werden, wenn der juristische Charakter des Rechtsinstituts, auf die sie sich bezieht, geklärt ist. Außerdem gibt es zahlreiche Fälle, in denen es auf die Formfrage garnicht ankommt. Dies entweder deshalb, weil im Einzelfalle auch die Bürgschaftsform gewahrt ist, oder weil der Vertrag als Bürgschaftsvertrag formfrei wäre (§ 350 HGB). Immerhin ist es nicht zu umgehen, auf die Frage nach der Form einzugehen.

Das BGB hat den Grundsatz der Formfreiheit. Ein Rechtsgeschäft bedarf einer bestimmten Form nur dann, wenn sie besonders vorgeschrieben ist. Die Formvorschriften stehen dem Geiste des Bürgerlichen Gesetzbuches entgegen, da sie eine Berufung auf Treu und Glauben nicht zulassen. Ihr Zweck ist, Schutz zu gewähren.

Die k. Schuldübernahme ist nun im Gesetze einer Form natürlich nicht unterstellt, weil sie im Bürgerlichen Gesetzbuch keine Regelung gefunden hat. Es kommen für sie

[1]) Gruch. Bd. 53 S. 553.
[2]) J. W. 15 S. 312.
[3]) vgl. RG 90 S. 415.

daher nur solche Formvorschriften in Frage, die für andere Vertragsarten erlassen sind. Es können Vorschriften deshalb in Frage kommen, weil die Mitübernahme sich unter einen der betreffenden Vertragstypen, für die eine Form vorgeschrieben ist, subsumieren läßt, außerdem ist die Möglichkeit einer analogen Anwendung von Formvorschriften zu untersuchen. Nach diesen Gesichtspunkten sind die folgenden Ausführungen angeordnet.

Die k. Schuldübernahme ist ein Fall des Schuldbeitritts, der Interzession. Eine allgemeine Formvorschrift für sämtliche Interzessionsarten besteht nicht. Einige von ihnen sind formfrei, andere bedürfen der Form. Da also formpflichtige und formlose Interzessionsarten nebeneinanderbestehen, kann man für die k. Schuldübernahme nicht deshalb eine Form forden, weil sie ein Fall der Interzession ist. Wohl hat man in der Reichstagskommission [1]) bei Einführung der Formvorschrift für die Bürgschaft Bedenken geäußert in dem Sinne, ob nicht auch für die anderen Schuldbeitrittsarten, insbesondere die privative Schuldübernahme auch Schriftform zu fordern sei. Doch ein hierhingehender Antrag wurde abgelehnt, da man ihm mit Rücksicht darauf, daß die privative Schuldübernahme sich häufig schwer von der Erfüllungsübernahme unterscheiden lasse, nur auf Kosten der Rechtssicherheit stattgeben zu können glaubte.

Die k. Schuldübernahme ist ferner die vertragsmäßige Begründung einer Gesamtschuld. Auch hier besteht keine Bestimmung des Inhalts, daß zur Eingehung der Gesamtschuld Schriftform notwendig sei, was aber wiederum keineswegs besagt, daß zur Begründung einer Gesamtschuld um dieser ihrer Eigenschaft willen eine Form stets entbehrlich ist. Vielmehr bedarf die vertragsmäßige Begründung der gesamtschuldnerischen Verpflichtung der Form, der die Begründung der entsprechenden einzelschuldnerischen Verpflichtungen untersteht. Erfolgt also die Urschuldbegründung formlos, so kann daraus, daß der Mitübernehmer sich als Gesamtschuldner verpfichtet, ein Argument für die Formpflichtigkeit der k. Schuldübernahme nicht gefunden werden. Stand nun die Begründung der Urschuld unter einem Formzwange, so scheint sich in Anwendung des vorhin Gesagten die Folgerung zu ergeben, daß die Begründung der k. Schulübernahme für diesen Fall auch eben dieser Form bedarf.

So einleuchtend diese Folgerung auch erscheint, sie ist

---

[1]) Bericht der Reichstagskommission S. 999.

dennoch nicht richtig. Dies erhellt aus dem unverkennbaren Unterschied, der zwischen dem Übernahmevertrag und der Urschuldbegründung besteht. Denn eine Verbindlichkeit zu erzeugen, ist begrifflich etwas anderes, als in eine Verbindlichkeit einzutreten. Es ist wohl richtig zu sagen, der Mitübernehmer z. B. einer Schenkungsschuld hafte so, als hätte er selbst solidarisch mitgeschenkt, nicht aber kann man sagen, der Mitübernehmer einer Schenkungsschuld gebe ein Schenkungsversprechen ab. Der Eintritt in eine bestehende Schuld kann weder logisch noch rechtspolitisch als ihrer Begründung gleich gewertet werden, er findet seine Wirksamkeitsbedingungen vielmehr in ihrem bereits gegebenen Bestand. Somit ist es richtig zu sagen, daß auf den Mitübernehmer einer Schenkungsschuld die gesetzlichen Vorschriften einer Schenkung anzuwenden sind, nicht dagegen wird man sagen können, daß die Vorschriften über die Begründung der Schenkungsschuld auf den Übernahmevertrag zutreffen. Man kann sich das eben Gesagte verdeutlichen, wenn man vergleichsweise den Fall des § 778 BGB in Betracht zieht. Der Auftraggeber haftet hier nach der Kreditgewährung dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit nach den Vorschriften der Bürgschaft. Die Regeln über die Bürgschaft sind also anzuwenden, soweit es sich um Inhalt und Umfang der Haftung, um Einreden des Bürgen usw. handelt [1]). Die Begründung dieses Rechtsverhältnisses dagegen untersteht nicht dem Bürgschaftsrecht, sondern ist nach den Regeln des Auftrags zu beurteilen. Nicht weil er sich verbürgt hat, wird der Kreditmandant in die rechtliche Lage eines Bürgen versetzt, sondern kraft des Gesetzes haftet er infolge Kreditauftrages wie ein Bürge. Die Verpflichtung ist formfrei. Ebenso haftet der Mitübernehmer einer Schenkschuld nach den Vorschriften über Schenkung deswegen, weil er vertraglich in eine Schenkungsschuld miteingetreten ist, nicht aber weil er ein Schenkungsversprechen abgegeben hat. Er kann also nicht den Vorschriften unterworfen werden, die die Voraussetzungen der Wirksamkeit des Schenkungsversprechens bilden.

Daß der Übernahmevertrag bei der k. Schuldübernahme auch im Falle der Formbedürftigkeit der Urschuld formlos ist, dafür spricht auch ein Hinweis auf die ihr am nächsten stehende Interzessionsart, die privative Schuldübernahme. Es tritt bei ihr wie auch bei der k. Schuldübernahme der

[1]) RG 50. 160, 51, 122 und die allgemeine Meinung.

Übernehmer in die Urschuld ein. Daß in einem Falle der Urschuldner ausscheidet und im anderen Falle Schuldner bleibt, spielt bei dieser Betrachtung keine Rolle. Die privative Schuldübernahme aber bedarf keiner Form.

Für die k. Schuldübernahme ist ferner nicht unter dem Gesichtspunkte eines abstrakten Schuldversprechens nach § 780 BGB Schriftform zu fordern, da die k. Schuldübernahme, wie oben eingehend nachgewiesen, ein abstraktes Schuldversprechen nicht enthält.

Die k. Schuldübernahme sei ein Schenkungsversprechen und unterliege somit der Form des § 518 BGB behaupten manche [1]).

Schenkung ist eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen unentgeltlich bereichert, wenn beide darüber einig sind, daß die Bereicherung unentgeltlich erfolgt (§ 516 BGB). Schenkung setzt somit voraus, daß auf Seiten des Schenkers eine Vermögensverminderung, auf Seiten des Beschenkten eine unentgeltliche Vermögensvermehrung eintreten muß. Wir wenden diese Feststellung auf die k. Schuldübernahme an, wobei wir die Fälle unterscheiden, in denen einmal der Gläubiger, zum andern der Urschuldner Schenker sein soll.

Zunächst voll die Lage des Gläubigers erörtert werden, der übliche Fall der k. Schuldübernahme ohne Gegenleistung des Gläubigers unterstellt werden soll. Durch die Leistung des ihm Geschuldeten wird dem Gläubiger niemals etwas geschenkt. Demgemäß erhält der Gläubiger auch kein Schenkungsversprechen, wenn ihm jemand etwas zu leisten verspricht, was ihm ein Dritter bereits schuldet. Denn entscheidend für die Lage des Gläubigers ist letzten Endes nicht die Zahl der Schuldner, sondern Inhalt und Existenz der Leistungsschuld. Auch dann erteilt der Übernehmer durch die Übernahme kein Schenkungsversprechen, wenn die übernommene Schuld auf einem Schenkungsversprechen beruht. Denn durch den Schenkungsvertrag, dessen Gültigkeit vorauszusetzen ist, ist zwischen Urschuldnern und Gläubigern eine Forderung entstanden, sodaß es sich fortan nur um die Erfüllung bestehender Schuld handeln kann. Mag der Urschuldner schenken, der Interzedent schenkt nicht, er verpflichtet sich nur zu verwirklichen, was der Gläubiger ohnehin zu fordern hat.

Für den Fall der k. Schuldübernahme bei Insolvenz des Urschuldners behauptet Hellbach [2]) das Vorliegen einer Schenkungszusage. Diese Ansicht ist unrichtig; eine der-

[1]) Hellbach S. 335.
[2]) Im Recht 1903 S. 335.

zeitige Unbeibringlichkeit einer Schuld hebt die Forderung des Gläubigers nicht auf. Es ist nicht mit einer Bereicherung auf Kosten des Schuldübernehmers gleichbedeutend, wenn der Gläubiger nach Eintritt der k. Schuldübernahme mit erheblich mehr Wahrscheinlichkeit auf den Empfang der ihm geschuldeten Leistung rechnen kann. Mitübernahme und Schenkungsversprechen sind unvereinbare Begriffe.

Wird nun eine nichtige oder nicht mehr bestehende Schuld bei Kenntnis der Parteien von dieser Sachlage übernommen, so liegt allerdings dem Gläubiger gegenüber ein Schenkungsversprechen vor. Aber auch nicht mehr als dies, denn weder kann eine privative noch eine kumulative Schuldübernahme vorhanden sein, weil die Voraussetzung hierfür, das Bestehen einer Schuld, nicht gegeben ist. Die Figur der Schuldübernahme, bezw. Bürgschaft ist in diesem Falle nur Schein.

Da die k. Schuldübernahme ihrem Wesen nach formpflichtigen Normen nicht zu unterstellen ist, bleibt zu prüfen, ob sich ein Formerfordernis aus analoger Anwendung von Rechtssätzen ergibt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hält in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht an der Formfreiheit als Regel fest, schreibt aber in zahlreichen Fällen eine Form vor. Ist es nun zulässig, Formvorschriften analog anzuwenden. Hierüber sind die Ansichten geteilt. So sagt Staub [1]) in seiner Kritik der RGE 51,120: „Jede Formvorschrift ist eine Ausnahmevorschrift, die nach alten bewährten Grundsätzen der analogen Ausdehnung nicht fähig ist. Selbst wenn ein Rechtsgeschäft die größte Ähnlichkeit mit einem anderen hat, für welches eine Form vorgeschrieben ist, so rechtfertigt dies nicht die Ausdehnung der Formvorschrift auf jedes Geschäft; denn immerhin ist es doch verschieden von dem Geschäft, welches nach dem Gesetz an die Form geknüpft ist" [2]). Die Ansicht von Staub ist also, daß Formfreiheit das Prinzip, das Formerfordernis die Ausnahme ist. Da Ausnahmen streng zu interpretieren sind, ist analoge Ausdehnung nicht möglich. Diesem Beweisgange ist jedoch nur mit Einschränkung zuzustimmen. Die Feststellung, eine Vorschrift sei eine Ausnahmevorschrift, genügt noch nicht um ihre analoge Anwendung auszuschließen. Es muß vielmehr festgestellt werden, ob im Sinne der Römer sin-

---

[1]) D. J. Z. 1903, 19.

[2]) Vgl. OLG Frankfurt. Recht 1903, 287; Silbermann in Seufferts Bl. 68, 366 ff.; Neuburger i. Jahrb. d. Württ. Rechtspfl. 14, 383; Brattig a. a. O. S. 31, 37.

guläres Recht vorliegt, denn es ist keineswegs jeder Ausnahmesatz auch ius singulare.

Singuläres Recht nennen wir die Rechtssätze, die ein allgemeines, leitendes Rechtsprinzip für besonders geachtete Fälle durchbrechen und eine von der allgemeinen Regelung grundsätzlich abweichende Sonderregelung schaffen. Singuläres Recht steht im Gegensatz zum ius commune, dem regelmäßigen Recht. „Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est". Ius singulare ist also ein vom teleologischen Standpunkte aus annormales, prinzipwidriges Recht. Der Begriff des singulären Rechts ergibt, daß singuläre Rechtssätze nicht zu allgemeiner analoger Anwendung geeignet sind, da sie das höhere Prinzip nicht aufheben, sondern nur für besonders geartete Fälle durchbrechen wollen.

Außer dem ius singulare kann man aber als Ausnahmerecht auch das ius speciale bezeichnen. Dieses steht im Gegensatz zum ius generale. Während die generellen Rechtsnormen einen Tatbestand haben, der durch Gattungsmerkmale bestimmt ist, bezieht sich der Tatbestand der spezialen oder individuellen Rechtsnormen auf eine bestimmte Person oder Sache.

Das allgemeine Recht kann nun zugleich das höhere Prinzip enthalten, das Spezialrecht es durchbrechen, dann ist das Spezialrecht zugleich singuläres Recht, aber begriffsnotwendig ist das nicht. Man kann also den Beweis, eine gewisse Vorschrift sei singulär, nicht nur durch den Hinweis darauf führen, daß sie lex specialis, Ausnahmevorschrift im logischen Sinne sei.

Es wäre mithin zu untersuchen, ob Formvorschriften singuläres Recht darstellen. Wenn dies nun auch im allgemeinen bejaht wird, so können wir die analoge Anwendung der Formvorschriften dennoch nicht immer ausschließen, da man innerhalb des engeren Prinzips, auf das der singuläre Rechtssatz Anwendung findet, Analogie wird gestatten müssen [1]), ebenso wie die römischen Juristen das senatus consultum Velleianum auf andere Interzessionen ausgedehnt, ja den Interzessionsbegriff erst durch analoge Ausdehnung geschaffen haben. Daher wird auch eine analoge Anwendung innerhalb der Interzessionsarten des Bürgerlichen Gesetzbuches gestattet sein müssen.

In Frage kommt hierfür nur die Formvorschrift der Bürgschaft, denn diese ist die einzige formpflichtige Interzessionart im Bürgerlichen Gesetzbuch. Die Gründe, die

[1]) vgl. Regelsberger, Göttinger Festschr. f. Ihering S. 51. Jeß im Recht 1914 S. 81 ff. Enneccerus S. 99.

man für Analogie der Bürgschaftsform ins Feld führen könnte, hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung in Bd. 54, 120 dargetan. Diese Entscheidung ist der Ausgangspunkt heftigen Streites geworden, in dessen Verlauf die Feststellung des Rechtscharakters der k. Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft zu lebhafter Erörterung gelangte. Das Reichsgericht führt in dieser Entscheidung aus: „Die sogenannte kumulative Schuldübernahme . . . . ist ein Geschäft . . . . , das seiner materiellen Wirkung nach jedenfalls die größte Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft hat, sodaß die legislativpolitischen Erwägungen, welche zur Vorschrift der Schriftform für die Bürgschaft im § 766 BGB geführt haben, auch für die sog. kumulative Schuldübernahme völlig zutreffen. Wollte man diese auch bei bloß mündlichem Abschluß als bindend anerkennen, so wäre die Umgehung der Vorschrift des § 766 die leichteste Sache von der Welt. Es muß daher als dem Sinne des BGB entsprechend gelten, auch für die sog. kumulative Schuldübernahme die schriftliche Form zu verlangen".

Auf zwei Gründe stüzt also das Reichsgericht in dieser Entscheidung seine Ansicht über die Anwendbarkeit der Bürgschaftsform auf die k. Schuldübernahme.

Der eine Grund ist die scheinbare große Ähnlichkeit der Rechtsbegriffe. Daß eine solche nicht vorhanden ist, ist im Vorhergehenden dargelegt worden. Aus der oben dargelegten Verschiedenheit der beiden Rechtsbegriffe ergibt sich ferner, daß das Reichsgericht zu Unrecht folgert, die Erwägungen die zur Form des § 760 BGB geführt haben, seien auch für die k. Schuldübernahme zutreffend. Der Grund der Formschrift für die Bürgschaft ist der, den Gefahren möglichst zu begegnen, die der Begriff der Subsidiarität in sich trägt. Aus dieser Subsidiarität schöpfen diejenigen, die eine Bürgschaft eingehen, nur allzu gern die trügerische Hoffnung von der praktischen Bedeutungslosigkeit der übernommenen Nebenschuld. Das Gesetz versucht darum dem sich Verbürgenden die Tragweite des Aktes dadurch zum Bewußtsein zu bringen, daß es wenigstens außerhalb des Handelsverkehres Schriftlichkeit des Bürgschaftsversprechens verlangt. Diese Erwägungen können auf die k. Schuldübernahme keine Anwendung finden, denn hier weiß der Übernehmer, daß er sich zum Schuldner macht, er kann sich von vornherein über seine Lage nicht im Unklaren befinden.

Auch der zweite vom Reichsgericht in seiner Entscheidung angeführte Grund, es liege eine Gesetzesumge-

hung vor, ist nicht durchlagend. Eine Gesetzesumgehung ist nur dann vorhanden, wenn es sich um ein Gesetzesverbot handelt. Die Formvorschriften aber sind in diesem Sinne nicht Verbotsgesetze; denn sonst müßte der Getzgeber gewollt haben, daß sie um ihrer selbst willen beachtet werden. Das ist aber keineswegs der Fall denn die Formvorschriften haben eine jeweils ganz verschiedene Begründung. Im allgemeinen kann man feststellen, daß sie im BGB für bestimmte wichtige Abschlüsse verwendet werden. Entweder liegt die Wichtigkeit im Gegenstand des Vertragsobjekts, in der Bedingung des Vertragssubjekts oder darin, daß das erteilte Versprechen die früheren geschäftlichen Beziehungen verleugnet, indem z. B. eine Endsumme vereinbart wird, deren Zahlung sich der Verpflichtete bedingungslos unterwirft wie z. B. beim abstrakten Schuldversprechen. Endlich sind es auch Geschäfte, die einen rein unentgeltlichen Charakter tragen, ein im Geschäftsverkehr als Ausnahme geltender Umstand, der beurkundet erst volle Gewißheit hat. Jedenfalls sind die Formvorschriften nicht Verbotsgesetze derart, daß sie die Zahl der dem Einzelnen möglichen Geschäftsabschlüsse verringern, die Erreichung bestimmter, erstrebter Zwecke hindern. Sie bestimmen vielmehr nur die Wege, auf denen man zu jenen Zwecken gelangen kann, sie schreiben eine bestimmte Art des Vertragsabschlusses vor. Zudem kann eine Formvorschrift nur dann Anspruch auf Beachtung erheben, wenn mit dem Geschäft, das der Umgehung dienen soll, dieselben Wirkungen erzielt werden, wie mit dem, für das die Form aufgestellt ist. Dies ist aber bei der Bürgschaft und der k. Schuldübernahme durchaus nicht der Fall. Die beiden Rechtsfiguren, Bürgschaft und k. Schuldübernahme, sind zwei völlig selbständige Rechtsinstitute, die Parteien können nach ihrer Wahl und ihrem Geschmack dieses oder jenes wählen. In der Anwendung des einen kann nicht Umgehung des anderen liegen.

Somit ist festzustellen, daß die k. Schuldübernahme einer Formvorschrift nicht zu unterwerfen ist. Dies wird heute auch von der überwiegenden Mehrheit in Wissenschaft und Praxis anerkannt — neuerdings auch vom Reichsgericht [1]).

Lehnt man bei einer Untersuchung, ob für einen konkreten Tatbestand k. Schuldübernahme oder Bürgschaft beanzeigt ist, die k. Schuldübernahme ab, so bedeutet dies nicht ohne weiteres das Zutreffen der Bürgschaft, denn Bürg-

---

[1]) J. W. 1915 311; 1921 S. 335; RG 71, 117; 103, 156.

schaft einerseits und Garantievertrag und Kreditvertrag andererseits verfolgen oft die gleichen oder ähnliche wirtschaftliche Zwecke. Es ist daher zur Vervollständigung des Bildes auch auf diese beiden Rechtsinstitute einzugehen.

Zunächst der Garantievertrag. Im Gesetze hat er keine Regelung gefunden, und zwar deshalb nicht, weil bei der Verschiedenheit der Verträge, die eine Garantie zum Zweck und Inhalt haben, eine allgemeine Regelung nicht angängig sei [1]). Über die Zulässigkeit des Garantievertrages im Bereiche des BGB kann aber kein Zweifel bestehen. Dies ergibt sich aus dem das BGB beherrschenden Prinzipe der Vertragsfreiheit. Voraussetzung für seine Zulässigkeit ist, wie stets, daß Zweck und Inhalt des Vertrages hinreichend bestimmt und nicht verboten ist.

Die Natur und die Wirkungen des Garantievertrages sind somit aus dem Inhalt des Vertrages und den allgemeinen Bestimmungen über Schuldverhältnisse abzuleiten.

Beim Garantievertrag übernimmt ein Dritter vertragsmäßig die Gewähr für das Eintreten eines bestimmten Erfolges, für den glücklichen Ausgang eines von der Gegenpartei geplanten, begonnenen oder gar schon ausgeführten Unternehmens. Insbesondere gehören hierher die Verträge, in denen jemand der Unternehmung eines andern dadurch Unterstützung zuwendet, daß er das damit verbundene Risiko ganz oder zum Teil übernimmt. Dieser von Stammler [2]) gegebenen Begriffsbestimmung hat sich ein großer Teil der Literatur und das Reichsgericht [3]) angeschlossen.

Inhalt des Garantievertrages ist also die Verpflichtung, einem anderen für die Gefahr einzustehen, die ihm aus einem Unternehmen irgendwelcher Art erwächst, einzustehen für einen bestimmten tatsächlichen oder rechtlichen Erfolg. Von einem solchen Garantievertrag kann aber nur dann die Rede sein, wenn der Schaden, für den der Garant einzustehen verspricht, beim Vertragsschluß noch nicht entstanden ist. Durch den Garantievertrag soll dem Garantieempfänger eine Sicherheit für die Zukunft gegeben werden. Diese Sicherheit soll bestimmend wirken auf seinen Entschluß, ein mit Gefahr verbundenes Unternehmen auszuführen. Wenn der Schaden bei Vertragsschluß bereits eingetreten ist, kann mithin ein Garantievertrag in dem hier gemeinten Sinne nicht mehr in Frage kommen. Die Zeit des Risikos ist vorüber.

---

[1]) Motive, II., S. 658.
[2]) Im Archiv f. den ziv. Prax., Bd. 69, S. lff. cf. auch Unger, Jh. Jhrb. 33, 300; Oertmann, zu § 776.
[3]) RG. 90, 415.

Der Garantievertrag kennzeichnet sich, wie schon erwähnt, dadurch, daß in ihm das Einstehen für einen bestimmten Erfolg versprochen wird, die Übernahme der Gefahr einer geschäftlichen Unternehmung, so daß nicht vorauszusehendes Mißlingen oder Zufälle auf die Gefahr des Garanten gehen.

Verpflichtet ist aus dem Garantievertrage nur der Garant. Seiner Verpflichtung steht nicht etwa die des Garantieempfängers gegenüber, die Ausführung des Unternehmens vorzunehmen. Ein Recht auf die Ausführung des Unternehmens hat der Garant keineswegs.

Der Garantievertrag ist somit ein einseitiger Vertrag, der den Garantieübernehmer verpflichtet, ohne ihm ein Recht zu geben. Allerdings kann gegen Übernahme der Garantie auch die Ausführung des Unternehmens versprochen werden. Dann liegt jedoch kein reiner Garantievertrag vor, sondern ein unbenannter Vertrag, für den in der Hauptsache je nach der Art des Unternehmens die Grundsätze über den Werk- und Dienstvertrag einerseits und über den Garantievertrag andererseits entsprechend anwendbar sein werden.

Der Garantievertrag in dem hier gemeinten Sinne ist ein selbständiger unabhängig und für sich bestehender Vertrag, der seinen Rechtscharakter in sich trägt. Nicht hierher gehören mithin die im Verkehr vielfach als Garantieverträge bezeichneten Garantieübernahmen, die beim Abschluß eines anderen Vertrages vorkommen. Solche Garantieübernahmen liegen z. B. vor, wenn der Veräusserer einer Sache die Gewährleistung für bestimmte Eigenschaften einer Sache, der Zedent einer Forderung die Gewähr für ihre Sicherheit übernimmt. Diese Garantieübernahmen sind nur Nebenverträge, Nebenbesprechungen über die Wirkung der sie enthaltenden Verträge, und im allgemeinen nach dem für jene geltenden Rechte zu beurteilen [1]).

Hier soll nur der oben gekennzeichnete Garantievertrag im eigentlichen Sinne in Betracht gezogen werden, und da ist zu sagen, daß eine große Ähnlichkeit zwischen Garantievertrag und Bürgschaftsvertrag, der nach den Motiven nur eine Abart des Garantievertrages sein soll, nicht zu leugnen ist. In jedem Falle ein „Sichern" durch „Einstehen". Diese Tatsache darf aber nicht zu der Annahme verleiten, beide Verträge seien ihrem Wesen und ihrer Gestaltung nach gleich.

Schon bei rein äußerlicher Betrachtung der Vertragsparteien zeigt sich, daß bei der Bürgschaft der Gläubiger

[1]) RG. 90, 415; Enneccerus, 1, 2, § 417.

der Versprechensempfänger ist, während der Garantievertrag zwischen dem Garanten und dem zu unterstützenden Unternehmer abgeschlossen wird, nicht zwischen jenem und dem Gläubiger des Unternehmers. Überhaupt wird man den Garantievertrag nicht so auffassen dürfen, als wenn die zukünftigen Forderungen gegen den Unternehmer gesichert werden sollten, da in diesem Falle der Garantievertrag eine Art Bürgschaft für zukünftige Schuld darstellen würde. Der Wille des Garanten geht nicht dahin, einen Gläubiger des Garantieempfängers vor Schaden zu bewahren, er will vielmehr dem Garantieempfänger selbst, dem Unternehmer das ersetzen, was dieser in das Unternehmen hineingesteckt hat. Es liegt also lediglich ein Versprechen des Garanten vor, den dem Unternehmer erwachsenden Vermögensschaden auszugleichen.

Abgesehen von dieser äußeren Verschiedenheit unterscheidet sich die Garantiezusage von der Bürgschaft ferner dadurch, daß sie auch Fälle umfaßt, in denen das Risiko nicht in der möglichen Nichterfüllung seitens des Schuldners liegt, sondern auch in irgend einem anderen Ereignis bestehen kann. Zudem wird, auch wenn Garantie für den Fall der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wird, niemals für die Erfüllung der Verbindlichkeit eingestanden, es kann vielmehr nur Schadenersatz gefordert werden.

In keinem Falle aber ist die Verpflichtung des Garanten von dem Bestande einer Hauptschuld abhängig. Dies schon deshalb nicht, weil eine Hauptschuld zur Zeit des Vertragsschlusses gar nicht vorhanden ist. Die Bürgschaft enthält das Einstehen für eine fremde Schuld als eine der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinzutretende Verpflichtung. Der Garantievertrag hat die Begründung einer selbständigen, von der des ursprünglichen Schuldners unabhängigen Verpflichtung zum Gegenstand. Die Bürgschaft ist also, abgesehen vom Schuldgrunde eine unselbständige Verpflichtung, sie ist akzessorisch. Die Verpflichtung des Garanten ist keineswegs akzessorisch, sie ist selbständig.

Als Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden behandelten Rechtsinstituten ist ferner zu beachten, daß der Bürge auf die Person des Schuldners, für den er eintreten will, sieht, wenn dieser seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, wogegen das Garantieversprechen mehr den Erfolg im Auge hat, der durch die Leistung des Hauptschuldners herbeigeführt werden soll [1].

Wegen dieser Unterschiede bedarf der Garantievertrag

---

[1]) RG. in J. W. 1923, S. 368.

der im § 766 BGB bestimmten Schriftform nicht [1]). Auch kann die Notwendigkeit der Schriftform für den Garantievertrag nicht aus § 780 BGB hergeleitet werden. Wenn der Garantievertrag auch ein selbständiger Vertrag ist, so entbehrt er des Rechtsgrundes keineswegs. Vielmehr trägt das Garantieversprechen seinen rechtlichen Zweck, nämlich eine Sicherung für den zukünftigen Ausfall des Unternehmens zu geben, in sich. Von einer Absicht der Parteien das Versprechen von seinem Schuldgrunde loszulösen, kann daher nicht gesprochen werden [2]).

Ob nun die Parteien die eine oder die andere Art der Verpflichtung beabsichtigt haben, kann im gegebenen Falle zweifelhaft erscheinen. Aus den bei Abschluß des Vertrages gewählten Ausdrücken kann ein sicherer Schluß nicht gezogen werden. Vielmehr ist aus der Gesamtheit der Umstände zu beurteilen, welche Vertragsart die Parteien gemeint haben. Gestatten die Umstände des Falles in ihrer Gesamtheit keinen Schluß für die eine oder die andere Art der Verpflichtung, so ist festzustellen, daß im Zweifel Bürgschaft und nicht Garantievertrag anzunehmen sei. Der Grund hierfür liegt in dem größeren Umfange der Garantiehaftung gegenüber der Bürgenhaftung. Der Garant haftet für jedes Mißlingen, für jeden ungünstigen Zufall. Wegen dieser Ungewöhnlichkeit der Garantiehaftung muß der in dieser Richtung gehende Verpflichtungswille in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise erkennbar sein. Ist dies nicht der Fall, so ist regelmäßig Bürgschaft anzunehmen [3]). Für die Abgrenzung von Bürgschaft und Garantievertrag sind mithin dieselben Untersuchungen notwendig, wie sie bei der Abgrenzung der k. Schuldübernahme von der Bürgschaft angestellt worden sind.

Nun zum Kreditauftrag. Die gesetzliche Regelung enthält § 778 BGB: „Wer einen andern beauftragt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben, haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge". Es handelt sich hier also um ein aus Auftrag und Bürgschaft zusammengesetztes Rechtsverhältnis in dem Sinne, daß der Auftraggeber, sobald der Auftrag in verpflichtender Weise angenommen und Kredit gewährt ist, dem Kreditgeber als Bürge haftet. Der Kreditauftrag ist

---

[1]) Vgl. Lindemann-Soergel, S. 700; Enneccerus, I, 2, S. 563; Hauck, aaO., S. 48.
[2]) Hauck, a. a. O., S. 48, Wienstein, Arch. f. d. ziv. Prax., 31, 11.
[3]) RG in J. W. 1923, S. 368; Levy im Arch. f. d. Ziv. Prax. 77, 334.

„ein einziger Rechtskörper, beseelt von zwei verschiedenen Rechtscharaktern, ein Rechtsinstitut mit doppelter Rechtswirkung [1])". Wegen dieser ihm innewohnenden Zweiheit ist der Kreditauftrag rechtlich in erheblich verschiedener Weise beurteilt worden.

Zwei Hauptansichten haben sich im wesentlichen gebildet, die eine — die Bürgschaftstheorie — betont beim Kreditauftrag das Moment der Bürgschaft, die andere — die Auftragstheorie — das des Auftrags.

Bevor auf diese beiden Ansichten eingegangen wird, soll zu der Ansicht Foersters [2]) Stellung genommen werden, der sowohl die Bürgschafts- als auch die Auftragstheorie bekämpft. Nach seiner Meinung ist der Kreditauftrag ein Garantieauftrag, ein einseitiger formloser Vertrag, der die Verpflichtung einer Partei gegenüber der Gegenpartei zum Ersatze des dieser aus der Kreditgewährung an einen Dritten etwa entstehenden Schadens enthält. „Übernahme der Kreditgefahr, Schadloshaltung, das ist der wahre natürliche Sinn des Auftrags" (gleich Kreditauftrags).

Foersters Ansicht ist jedoch nicht anzuerkennen, weil sie dem klaren Wortlaute des Gesetzes entgegensteht. Im § 778 BGB heißt es, daß der Auftraggeber für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge haftet. Daß der Auftraggeber über diese durch die Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit hinaus noch für möglicherweise entstehenden andern Schaden des Kreditgebers zu haften habe, ist aus dem Gesetz keineswegs zu entnehmen [3]). Die von Foerster vertretene Garantievertragstheorie ist daher auch fast allseitig abgelehnt [4]), so daß sich, wie oben bereits gesagt, in der Hauptsache die Bürgschafts- und die Auftragstheorie gegenüberstehen.

Die Vertreter der bürgschaftstheoretischen Auffassung [5]) stehen auf dem Standpunkt, daß der in § 778 BGB geregelte Kreditauftrag nur eine zweite Möglichkeit zur Herbeiführung einer Bürgschaft gewähre. Die Bürgschaftsverpflichtung könne einmal durch Abschluß eines ausdrücklichen Bürgschaftsvertrages, zum andern durch Auftragserteilung gemäß § 778 BGB herbeigeführt werden. Die letztere Möglichkeit sei eben die freiere Form, die der

---

[1]) Rothenberg, im Arch. f. d. ziv. Prax. 77, 334.
[2]) Foerster, Der Kreditauftrag, S. 196; cf. auch Koestlich, a. a. O., S. 54 ff.
[3]) cf. Wallmann, a. a. O., S. 25.
[4]) Siller, a. a. O., S. 20; Peterhaensel, a. a. O., S. 31 ff. und viele andere.
[5]) Lippmann, i. Iherings Jahrb. 48, 374; Schollmeyer, a. a. O., S. 82.

Fessel der Schriftlichkeit (§ 766 BGB) nicht bedürfe. Dem möglichen Einwande, daß einer solchen Auffassung schon die im § 778 BGB vorhandenen Ausdrücke „beauftragen" und „Beauftragter" entgegenstehen, suchen die Vertreter der eben gekennzeichneten Theorie dadurch zu begegnen, daß sie behaupten, diese Ausdrücke seien nicht im technischen Sinne des § 662 BGB gebraucht. Nach ihrer Anschauung ist beim Kreditauftrag das Hauptgewicht auf das Bürgschaftsmoment zu legen, der Kreditauftrag also lediglich ein Sicherungsvertrag.

Indeß die Vertreter dieser Theorie verkennen den wirtschaftlichen Zweck des Kreditauftrages vollkommen. Der Kreditauftrag ist ein Kreditvermittlungsgeschäft im wahrsten Sinne des Wortes [1]). Sein Zweck ist der, einem Dritten Kredit zu verschaffen. Somit liegt der Schwerpunkt des ganzen Geschäfts in dem Auftrage, Kredit zu geben. Die durch das Gesetz bestimmte bürgschaftliche Haftung des Auftraggebers ist nur eine sekundäre Erscheinung. Sie entsteht nicht durch eine hierauf gerichtete Erklärung, sondern ist die Folge einer anderen vom Auftraggeber ausgehenden Willenserklärung, mit der dieser die Entstehung der Hauptverbindlichkeit erst veranlaßt, indem er den künftigen Gläubiger ersucht, dem künftigen Schuldner Kredit zu gewähren.

Wirtschaftlich hat diese gesetzlich bestimmte Haftung des Auftraggebers die Bedeutung, den Kapitalisten bereitwilliger zur Hergabe von Krediten zu machen, die Kreditvermittlung also zu erleichtern. Und wäre der Kreditauftrag wirklich nur die äussere freiere Form einer Bürgschaft, wie wollte man die scharfe Trennung zwischen Bürgschaft und Kreditauftrag in § 349 HGB erklären!

Aus diesen Gründen wird denn auch allgemein anerkannt, daß der Kreditauftrag ein Kreditvermittlungsgeschäft ist. Streit besteht aber darüber, ob das Ersuchen um Kreditgewährung — damit ein Kreditauftrag im Sinne von § 778 BGB vorhanden ist — einen wirklichen Auftrag darstellen müsse, oder ob ein bloßes „Ermächtigen" genüge.

Ein bloßes „Ermächtigen" hält insbesondere Eccius [2]) für genügend. Der Auftrag des § 778 BGB sei, da die Worte „beauftragen" und „Beauftragter" nicht im technischen Sinne des § 662 BGB aufzufassen seien, nur eine Ermächtigung, einen Kredit in eigener Sache zu gewähren.

---

[1]) cf. Barkhausen, a. a. O., S. 3; Wellmann, a. a. O., S. 41 ff.
[2]) Eccius in Gruchot, 46, 61.

Die Wirkung dieser „Ermächtigung" sei die Begründung der Haftung des Auftraggebers als Bürgen.

Daß diese Ansicht von Eccius nicht zutreffend ist, daß insbesondere das Gesetz im § 778 BGB die Ausdrücke „beauftragen" und „Beauftragter" als termini technici gebraucht, ergibt sich schon daraus, daß wenige Paragraphen später bei der Regelung der Anweisung § 783 BGB das Gesetz den Ausdruck „ermächtigen" gebraucht. Bei der im BGB im allgemeinen streng durchgeführten Terminologie ist aber nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber die Ausdrücke „beauftragen" und „Beauftragter" untechnisch im Sinne von ermächtigen gebraucht, um wenige Paragraphen später das Wort ermächtigen in dem ihm zukommenden Sinne zu gebrauchen [1]).

Zudem beruht die eigenartige Auslegung des Auftragsbegriffes im § 778 BGB bei Eccius auf dem Wunsche, dem Bürgen ein Widerrufsrecht zu verschaffen. Auf Grund seiner Ausführungen kommt er nämlich zu dem Schluß, daß Bürgschaft für künftige Schuld und Kreditauftrag sich in nichts voneinander unterscheiden. Auch dieser seiner Ansicht ist nicht zu folgen. Bürgschaft und Kreditauftrag unterscheiden sich schon dadurch, daß die Bürgschaft jede Art von gegenwärtigen und zukünftigen Schulden betreffen und sich auf irgend einen Rechtsgrund stützen kann. Der Kreditauftrag betrifft nur eine in der Zukuft zu erwartende Kreditgewährung und entsteht auf Grund eines Auftrags. Auch hinsichtlich der Personen, von denen der Anstoß zur Rechtsgestaltung regelmäßig ausgeht, unterscheiden sich Bürgschaft und Kreditauftrag. Grundsätzlich wird nämlich der Bürge bei der Entstehung der Hauptschuld nicht mitwirken, wogegen beim Kreditauftrag der Auftraggeber die treibende Kraft ist; er veranlaßt die Entstehung der Verbindlichkeit, für die er bürgschaftlich haftet, er tritt in die Haftung als Bürge ein auf Grund des von ihm ausgehenden Entschlusses, während der Bürge meist vom Hauptschuldner zur Bürgschaft veranlaßt wird. Bei der Bürgschaft überwiegt eben der Sicherungszweck, beim Kreditauftrag steht die Kreditsvermittlung im Vordergrunde. Infolge dieser Unterschiede ist der Kreditauftrag im Gegensatz zur Bürgschaft auch formfrei.

Anzuerkennen ist mithin die Auftragstheorie, die den Kreditauftrag als einen Auftrag im Sinne des § 662 BGB betrachtet, der nur nach einer Seite hin eigentümlich ausgestaltet ist, eben hinsichtlich der Haftung des Auftrag-

[1]) cf. Weidemann, in Ztschr. f. Handelsr. 53, 450.

gebers nach erfolgter Kreditgewährung. Diese Ansicht kann als die herrschende bezeichnet werden [1]).

Der Kreditauftrag ist also ein Auftrag, der dahin geht, einem Dritten Kredit zu gewähren. Rechtliche Folge der Kreditgewährung ist die Bürgschaftshaftung des Auftraggebers für die Erfüllung der durch die Kreditgewährung entstehenden Verbindlichkeit des Dritten. Rechtliche Grundlage des Kreditauftrages ist der Auftrag gemäß § 662 BGB der folgende Tatbestandsmerkmale erfordert: Annahme des Auftrags, Besorgung eines Geschäftes des Auftraggebers und Unentgeltlichkeit.

Zu untersuchen ist, ob diese Begriffsmomente auf den Kreditauftrag zutreffen.

Das Merkmal der Annahme ist in § 778 BGB nicht besonders erwähnt, was aber nicht etwa die Überflüssigkeit der Annahme zur Folge hat oder besagt, daß es sich hier nicht um einen Auftrag handele. Im Gegenteil, solange der Auftrag vom Kreditgeber nicht in verpflichtender Weise angenommen ist, kann von einem Kreditauftrag nicht die Rede sein. Die Notwendigkeit der Annahme ergibt sich aus dem im § 778 BGB verwendeten Begriff des Auftrages gemäß § 662 BGB. Eine Erwähnung des Annahmemomentes erübrigte sich im § 778 BGB, denn der Gesetzgeber hat den Auftragsbegriff im § 662 BGB genügend erläutert, sodaß er nun mit dem aufgestellten Begriff beliebig operieren kann [2]), ohne jedesmal wieder die Definition des Begriffes geben zu müssen. Wollte man dies verlangen, so würde man einen außerordentlich wesentlichen Vorteil einer festen Terminologie beseitigen. Dies kann aber nicht zugegeben werden. Deshalb verschlägt es auch nichts, von Foerster [3]) in der Nichterwähnung des Annahmemomentes im § 778 BGB einen Grund für die Ablehnung der oben gekennzeichneten Auftragstheorie zu finden glaubt [4]). Die Annahme ist mithin in § 778 BGB gefordert. Vor der Annahme des Auftrags liegt ein Rechtsinstitut, wie es das BGB als Auftrag bezeichnet, nicht vor. Solange also dieser „Auftrag" nicht angenommen ist, ist er frei widerruflich, stellt unter Umständen sogar nichts anderes dar, als ein Vertragsangebot, das nach allgemeinen Regeln zu beurteilen ist und bei nicht rechtzeitiger Annahme gemäß § 147 BGB sogar von selbst erlischt.

---

[1]) z. B. Enneccerus, 1, 2, § 416, Anm. 1, RGRK. S. 917; Crome, Bd. II, § 229, 3, c, und das Reichsgericht.
[2]) cf. Peterhaensel, a. a. O., S. 34.
[3]) Foerster a. a. O., S. 188.
[4]) cf. auch Siller, a. a. O., S. 32.

Von größerer Bedeutung erscheint ein anderer Einwand, den Foerster [1]) gegen das zweite Begriffsmerkmal des Auftrags, — Besorgung eines Geschäftes des Auftraggebers, — erhebt. Er behauptet, beim Kreditauftrage liege nicht die Besorgung eines Geschäftes des Auftraggebers für diesen vor, denn die Geschäftsbesorgung für einen anderen bedeutet das Übertragen eines eigenen Geschäftes des Übertragenden, an dem der Beauftragte an sich nicht beteiligt sei. Beim Kreditauftrage jedoch sei nur der Beauftragte formell und materiell Herr des Geschäftes, von einer Geschäftsübertragung könne also nicht gesprochen werden.

Diese Ansicht Foersters findet ihren Grund in der mangelnden Auseinanderhaltung des Auftragsverhältnis und der als Folgeerscheinung der Kreditgewährung entstehenden Bürgschaft. Diese beiden im Kreditauftrage zusammengefaßten Momente müssen aber scharf voneinander geschieden werden.

Zwei Stadien kann man nämlich beim Kreditauftrage unterscheiden: Das Stadium des Kreditsuchens und das der Folgeerscheinungen des Kreditsuchens, des Einstehens. Die Grenze dieser beiden Stadien ist im geltenden Recht dahin festgestellt, daß durch die Tatsache der Gewährung des Kredits die für das zweite Stadium bestimmte Wirkung ausgelöst wird. Von diesen beiden Stadien ist das erste das für den Kreditauftrag charakteristische. Nach ihm ist der Kreditauftrag in der Hauptsache zu beurteilen. Wird auch der Beauftragte durch die Kreditgewährung Gläubiger, so wird er deshalb noch nicht Herr des Geschäfts, des Auftrages. Anderseits spricht gerade die Selbstbindung des Auftraggebers als Bürgen dafür, daß er den Auftrag nach seinen Angaben durchgeführt wissen will. Nicht daß der Beauftragte Gläubiger wird, ist beim Kreditauftrag die Hauptsache, sondern der Auftrag selbst. Die Tatsache, daß der Beauftragte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Kredit gewährt, schließt durchaus nicht die Möglichkeit aus, daß die Kretitgewährung im Interesse und ein Geschäft des Auftraggebers sei. Meist wird doch der Fall gerade so liegen, daß der Auftraggeber einem Dritten Kredit geben möchte. Da er aus irgend einem Grunde hierzu nicht in der Lage ist, wendet er sich an einen Kapitalisten und ersucht ihn um die Kreditgewährung an den Dritten. Man wird also beim Kreditauftrag, trotz der Bedenken Foersters von der Besorgung eines vom Auftrag-

[1]) Foerster, a. a. O., S. 192.

geber übertragenen Geschäftes reden und die Grundsätze des Auftrages anwenden können. Dies selbst dann, wenn man eine gewisse Berechtigung der von Foerster hervorgehobenen Bedenken anerkennt; denn immer besteht jedenfalls ein Auftrag im weiteren Sinn, nämlich ein Ersuchen um rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Betätigung.

Nun ist der Auftrag gemäß § 662 BGB unentgeltlich. Dagegen kann nach allgemeiner Ansicht der Kreditauftrag sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich geschlossen werden. Hier entsteht also die Frage, ob der Kreditauftrag durch das Hinzutreten des Momentes der Entgeltlichkeit aufhört, ein solcher zu sein, ob in diesem Falle „der Kreditauftrag" ein besonderer Vertrag mit „eventuell eigens stipulierter Bürgschafts- oder Garantiehaftung" ist, wie es z. B. Barkausen will [1]). Im Hinblick auf die Protokolle zum II. Entwurf des BGB [2]) ist nämlich „beauftragen" im Sinne von § 778 BGB nicht in der strengen Fassung einer unentgeltlichen Geschäftsbesorgung aufzufassen, sondern in dem alten Mandatssinne des ersten Entwurfs, wonach dem Auftrag auch die unentgeltliche Geschäftsbesorgung hinzuzurechnen war.

Somit gibt § 662 BGB für den unentgeltlichen wie den entgeltlichen Kreditauftrag die rechtliche Grundlage ab.

Der entgeltliche Kreditauftrag ist nach § 675 BGB in den meisten Fällen wie ein unentgeltlicher Kreditauftrag zu behandeln. Infolge der mangelnden Verweisung des § 675 BGB auf § 671 BGB sind Kündigung und Widerruf hier grundsätzlich nach den Vorschriften über den Dienst- oder Werkvertrag zu beurteilen. Jedoch könnte man dem Wesen des Kreditauftrages entsprechend auch mit Hilfe eines Analogieschlusses aus § 610 BGB für den Fall des Eintritts einer wesentlichen Verschlechterung im Vermögen des Kreditnehmers oder für den Fall, daß in den Verhältnissen des Auftraggebers eine solche Verschlechterung eintritt, ein Widerrufs- bezw. Kündigungsrecht des Beauftragten herleiten.

Für die Anwendung des § 778 BGB auf einen konkreten Tatbestand ergeben sich somit folgende Erfordernisse: Notwendig ist ein Auftrag, der zum Inhalt die Verpflichtung zur Kreditgewährung an einen Dritten hat. Der Auftrag muß vom Beauftragten in verpflichtender Weise angenommen sein. Bis zur Gewährung des Kredites regeln sich die rechtlichen Verhältnisse der Parteien nach den Vorschriften des Auftrags. Der Auftraggeber kann also nach

[1]) Barkausen, a. a. O., S. 39.
[2]) Prot. II, S. 446.

§ 671 BGB den Kreditauftrag jederzeit widerrufen, der Beauftragte ihn jederzeit kündigen. Ist der Kredit gewährt, so tritt die bürgschaftliche Haftung des Auftraggebers ein.

Das bisher Gesagte zeigt, daß der Kreditauftrag kein Bürgschaftsvertrag ist; denn die Rechte des Auftraggebers gegen den Dritten bestimmen sich nicht nach Bürgschaftsrecht. Befriedigt er den Beauftragten, so tritt er keineswegs in dessen Forderung gegen den Dritten von Gesetzeswegen ein. Noch weniger kann er von dem Dritten fordern, daß dieser ihn von der Bürgschaftshaftung gegenüber dem Beauftragten befreie. Der Auftraggeber hat, wenn sein Auftrag von dem Beauftragten angenommen ist, ein Recht darauf, daß der Beauftragte dem Dritten den Kredit gewährt. Dem Bürgen dagegen steht ein selbständiges Recht gegen den Gläubiger nicht zu. Außerdem kann der Auftraggeber den Auftrag beliebig widerrufen. Der Auftrag erlischt im Zweifel mit dem Tode des Beauftragten. Der Auftraggeber ist also, wenn der Kredit gewährt wird, kein Bürge, sondern er haftet „als Bürge". Die Regeln über Bürgschaft sind also anzuwenden, soweit es sich um Inhalt und Umfang der Haftung und um die Einreden des Bürgen handelt.

Da andererseits der Kreditauftrag mit der Bürgschaft, wie sich nicht leugnen läßt, in einem gewissen Verwandtschaftsverhältnis steht, kann es in gewissen Grenzfällen recht zweifelhaft sein, ob die Parteien eine Kreditszwecke verfolgende Bürgschaft oder einen Kreditauftrag abschließen wollten. Um dieser Schwierigkeit zu begegnen, haben Wissenschaft und Rechtssprechung für solche Grenzfälle bestimmte Richtlinien aufgestellt. Hierbei zeigt sich insofern eine Abweichung der Ansichten, als der Ausgangspunkt der Betrachtungen verschieden ist. Teils wird nämlich die Lage des Kreditmittlers, teils die des Kreditgebers zum Ausgangspunkt genommen. Von der Lage des Kreditmittlers geht das Reichsgericht [1]) aus. Dann sei ein dem Gegner verpflichtender Auftrag vorhanden, wenn der Kreditmittler ein eigenes Interesse an der Kreditierung habe. Das Kriterium des eigenen Interesses wird also hier zur Entscheidung herangezogen, ein Vorgang, der bereits bei der Betrachtung der Abgrenzung der Bürgschaft einerseits und k. Schuldübernahme und Garantievertrag auf der andern Seite zu beachten war. Jedoch wird man — und das dürfte im Sinne des Reichsgerichts liegen, — auch bei der Abgrenzung des Kreditauftrages von der Bürgschaft

[1]) RG. in J. W. 1910, S. 809.

das eigene Interesse als Abgrenzungsmerkmal nicht schlechthin gelten lassen. Vielmehr wird auch hier ein eigenes unmittelbares sachliches und wirtschaftliches Interesse verlangt werden müssen. M. a. W.: aus der objektiven Interessenlage wird ein Schluß auf das Vorliegen des Kreditauftrages oder der Bürgschaft zu ziehen sein. Gleicher Ansicht ist auch Tennenbaum [1]). Nach seiner Ansicht müsse man jedoch die objektive Interessenlage vom Standpunkt des Kapitalisten aus betrachten. Dann nur wird ein Kreditauftrag nach seiner Meinung im Zweifel aufgenommen werden können, wenn die Kreditierungspflicht des Kreditgebers im Willen des Kapitalisten gelegen ist. Denn nur seine Lage verschlechtert sich beim Kreditauftrag. Nähme er seine kreditvermittelnde Bürgschaftserklärung an, so stände es nämlich in seinem Belieben, den Kredit in Zukunft zu gewähren, während er als Kreditbeauftragter dazu verpflichtet sei. Auf einen auftragsgemäßen Verpflichtungswillen des Kreditgebers könne man daher nur dann schließen, wenn der Kapitalist selbst mit Rücksicht auf den Kreditmittler ein ersichtliches Interesse an der Kreditierung habe.

Lebenslauf.

Am 3. Februar 1901 wurde ich in Brentau, Kr. Danzig, geboren. Vom fünften Lebensjahre ab besuchte ich zunächst die Volksschule in Großkruschin, dann die humanistischen Gymnasien in Straßburg und Schneidemühl. Ostern 1922 begann ich an der Universität in Berlin Rechtswissenschaft zu studieren, Ostern 1924 siedelte ich nach Breslau über und vollendete hier das Studium. Am 14. Dezember 1926 bestand ich bei dem Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung, am 17. Januar 1927 das Examen rigorosum bei der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Breslau.

Waldemar Brehmer.

OTTO MUSIL, Königszelt.